



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Trabajo de Fin de Máster de Derecho de Empresa

AUTOR: MIGUEL AZPEITIA DE LA TORRE

OPCIÓN A

TUTOR: DANIEL PRADES CUTILLAS

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

INFORME SOBRE LAS DISTINTAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS	3
CUESTIONES PROCESALES.....	4
CUESTIONES MATERIALES	18
ESCRITO DE DEMANDA	36
INFORME DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	53
BIBLIOGRAFÍA	57

INFORME SOBRE LAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS

Antes de entrar a valorar otro tipo de cuestiones, resulta conveniente determinar el objetivo fundamental con el que se elabora este informe. Y es que, a raíz de los hechos que se nos han expuesto, y habiendo sido contratados por la sociedad SIGAAR, BV, procedemos a su asesoramiento legal.

Para ello, debemos partir de la enumeración de las principales estrategias posibles que se nos plantean, con el ánimo de obtener la mejor defensa posible de sus intereses. En este sentido, las alternativas parecen claras, a saber:

- En primer lugar, si lo que nuestro cliente desea es mantener Newco como sociedad activa en el mercado -que continúe desarrollando su actividad, debido a que ve oportunidades de negocio en ella a pesar del mal momento que atraviesa, por ser circunstancial a la pandemia-, la principal baza con la que cuenta para exigir a sus socios que le reparen el daño causado sin necesidad de acudir a los tribunales, es el control que *de facto* posee sobre la *Joint Venture*, lo que le permite contar con una amplia capacidad de decisión sobre la misma.
- Por otro lado, en caso de ver complicado el mantenimiento de Newco como sociedad activa, o el mantenimiento propiamente de las relaciones jurídicas que le vinculan a sus socios, o simplemente considerar más importante obtener el resarcimiento económico por el daño sufrido, entonces, consideramos que existe base suficiente para proceder al comienzo de un procedimiento litigioso. Parece evidente que este procedimiento es más costoso y duradero, pero en cuanto a resarcimiento del daño causado, es más efectivo -la primera alternativa puede incluso acabar derivando igualmente en un procedimiento contencioso-.

Además, el hecho de que se desarrolle un procedimiento litigioso entre las partes, no significa necesariamente la extinción de Newco, si bien es cierto que, al menos como sociedad compuesta por los mismos dos socios que la componen actualmente, parece algo complicado.

CUESTIONES PROCESALES A CONSIDERAR

En caso de decantarnos por la vía judicial -lo que parece más recomendable para nuestro cliente-, debemos abordar las principales cuestiones procesales que se plantean en este procedimiento, con el objetivo de proteger los intereses de Sigaar con la mayor eficacia posible. Consecuentemente, esta parte del informe se dedica a abordar dichas cuestiones.

Antes de comenzar su análisis, nuestro punto de partida consiste en afirmar que este informe se centra en el análisis del orden civil. Y es que, tal y como observaremos más adelante, una de las principales acciones a interponer para la defensa de los intereses de nuestro cliente, es de naturaleza penal. Ahora bien, el objetivo principal de este informe, consiste en desarrollar una exposición relativa al resarcimiento del daño económico causado a nuestro cliente, propio del ordenamiento civil.

En consecuencia, nos centraremos en elaborar el análisis correspondiente al proceso civil que deberá desarrollarse en representación de nuestro cliente. Así las cosas, las cuestiones procesales más relevantes de nuestro caso, son las que siguen a continuación.

- Posibilidad de pedir medidas cautelares

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Capítulo I del Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre los artículos 721 y 747. Antes de entrar a valorar la posibilidad de nuestro cliente de solicitar dichas medidas cautelares, y cuáles en concreto debería solicitar, debemos analizar la naturaleza jurídica de las mismas y los requisitos que se deben cumplir para su solicitud.

Por definición, las medidas cautelares son aquellas medidas que, el actor principal o el actor reconvenicional, solicitan a los tribunales que pretende que conozcan y resuelvan una determinada disputa, con el objetivo de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una sentencia estimatoria. Dicho con otras palabras, se trata de una serie de medidas que se adoptan para que el procedimiento pueda ser resuelto con la mayor eficacia y las mayores garantías posibles.

Comenzando con el análisis de las medidas en cuestión, el primer apartado del artículo 721, obliga a que las medidas cautelares sean adoptadas a instancia de parte, salvo aquellas que

deban aplicarse en procesos especiales -no es nuestro caso-. En consecuencia, la primera conclusión a la que llegamos es que, en caso de ver oportuna la petición de medidas cautelares para nuestro procedimiento, deberemos ser nosotros quienes las solicitemos.

En cuanto a las medidas adoptadas en concreto, estas no pueden ser, según el artículo 726 de la misma ley, más gravosas que las solicitadas. En este sentido, debe cumplirse con el principio de mínima lesividad, lo que impide que, la medida solicitada, sea susceptible de sustitución por otra medida menos perjudicial para la otra parte, siempre y cuando dicha medida cuente con la misma eficacia que aquella que se solicita.

Por último, debido a la naturaleza instrumental y accesoria de las medidas cautelares con respecto al procedimiento principal -artículo 731-, la propia Ley establece que el carácter de las mismas es temporal, provisional y condicionado.

Con respecto al procedimiento para solicitar las medidas, el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, en su primer apartado, que las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal. Por lo tanto, este será el momento oportuno para solicitarlas. Ahora bien, la Ley también posibilita que estas medidas se soliciten antes de la demanda, siempre y cuando se aleguen y acrediten suficientemente razones de urgencia o necesidad -algo que no parece nuestro caso-. Por último, también cabe la posibilidad de solicitarlas con posterioridad a la presentación de la demanda cuando la solicitud se base en hechos y circunstancias que la justifiquen.

Tras la solicitud de las medidas, y en un plazo de cinco días, se convoca con un plazo de diez días para su celebración, una vista para la audiencia de las partes, en virtud del artículo 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tras el desarrollo de esta vista, en la que las partes exponen sus alegaciones y pruebas, se obtendrá una resolución relativa a la pertinencia o no de la adopción de medidas cautelares solicitadas, contra la que, en virtud del tercer apartado del artículo mencionado, no cabrá recurso -solamente cabrá cuando pudieran alegarse infracciones en la comparecencia, siempre que se formule la oportuna protesta previamente-.

Por tanto, observamos que, si la adopción de medidas cautelares sigue el procedimiento descrito, no habría posibilidad de oponerse a su adopción. Sin embargo, existe además otro

procedimiento para la adopción de estas medidas, que es el procedimiento *inaudita parte*, que se recoge en el apartado segundo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento implica que, sin necesidad de cumplir con mayor tramitación que la petición expresa del demandante, y la acreditación de la concurrencia de razones de urgencia, el tribunal podrá acordar mediante auto la adopción de las medidas solicitadas.

En consecuencia, contra esta resolución, sí cabe la posibilidad de que el demandado formule oposición a la misma, contando para ello con un plazo de 20 días desde la recepción de la notificación relativa a la resolución antes mencionada, esgrimiendo para ello los hechos y razones que considere oportunos para oponerse a su procedencia, alcance, requisitos, etc.

En lo que se refiere a los requisitos que deben cumplirse para poder solicitar las medidas cautelares, estos vienen recogidos en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, dichos requisitos son:

- El peligro de la mora procesal (*periculum in mora*): la parte que pide las medidas, deberá justificar que, en caso de no adoptarse las mismas, pueden producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pueda otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

- La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): la parte que pide las medidas, deberá acompañar dicha petición con los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

Si continuamos con el artículo, observaremos que la regla general es que el solicitante también cumpla con el ofrecimiento de caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El importe de la caución a ofrecer será calculado por el

Tribunal dependiendo de la naturaleza y contenido de la pretensión y de la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

Si acudimos al artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el mismo contiene un listado *numerus apertus* con algunas de las medidas cautelares que se pueden solicitar en el procedimiento. En nuestro caso, de entre las medidas cautelares que recoge el artículo, se recomendaría a nuestro solicitar la siguiente medida:

- El embargo preventivo de bienes, con el objetivo de asegurar que, en caso de obtener una sentencia favorable y condenatoria a la parte contraria, nos entregue la cantidad de dinero que el juez estime oportuno. En este sentido, esta medida es especialmente relevante, ya que lo que nuestro cliente desea es, fundamentalmente, que se le repare el daño causado, en este caso daño económico.

Además, se puede plantear también la posibilidad de solicitar al juez que adopte las siguientes:

- La anotación preventiva de la demanda, sobre las acciones de Newco de las que la parte contraria sea titular durante el procedimiento, con el objetivo de que no se pueda deshacer -o al menos no sin advertir a terceros de la situación en que se encuentra- de su participación en la sociedad durante la resolución del mismo.
- Por último, que se dicte una orden de interrupción de la actividad social de Newco, fundamentalmente debido al clima de tensión y crisis entre las partes, lo cual puede suponer mayores perjuicios para las partes. Sin embargo, al menos a priori, esta parece una medida que podría resultar excesivamente gravosa.

- **Competencia y jurisdicción, atendiendo a la cláusula de sumisión expresa**

A la hora de determinar el órgano que consideramos que cuenta con competencia y jurisdicción para resolver el caso que nos ocupa, debemos comenzar haciendo una breve alusión directa a la cláusula de sumisión expresa que incorporaron las partes en el contrato

por el cual se constituiría posteriormente la Joint Venture. Y es que, si atendemos a los hechos del caso, en los mismos se expone que, para la resolución de las posibles disputas que pudieran surgir entre las partes, serían los Juzgados y Tribunales de Valencia quienes tendrían dicha competencia.

Por tanto, la cláusula a la que hacemos alusión, hace referencia a la competencia territorial del órgano que resolverá del caso. En este sentido, dicha competencia, se encuentra regulada, en el orden civil, en los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en virtud de los artículos 50 y 51, se recoge una serie de lugares en los que se podrá pretender que el órgano judicial que radique en este, pueda conocer del procedimiento -domicilio del demandado, lugar de última residencia en nuestro país, lugar del domicilio de la parte actora, etc.-.

Prosiguiendo con dichos artículos, parece que la Ley permite a las partes elegir territorialmente el lugar en el que llevar a cabo la resolución de las disputas que surgen, cuando en su artículo 55, dice que se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren.

No obstante, existen una serie de supuestos en los que la cláusula de sumisión expresa que acabamos de exponer, no cuenta con efectividad, lo que implica que serán otros los órganos judiciales que deban conocer de la disputa planteada. Y es que, incluso en el propio orden civil, existen una serie de limitaciones a la efectividad de dicha sumisión expresa, como las recogidas en el artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para casos especiales, o en el artículo 54, para aquellas ocasiones en las que sea una ley la que establezca la competencia territorial para conocer y resolver el asunto.

Si bien las acciones a interponer serán analizadas y desarrolladas a lo largo del informe, procede un breve recorrido por las mismas para poder dirimir en qué casos es aplicable la cláusula de sumisión expresa, y en cuáles no.

En primer lugar, en lo que se refiere al falseamiento de las cuentas de Habanera, la responsabilidad de los administradores, es de naturaleza tanto penal -por el delito recogido en el artículo 290 Código Penal- como civil -debido fundamentalmente al perjuicio patrimonial causado a nuestro cliente, derivado de la relación contractual existente entre las

partes-. En este sentido, tal y como afirma el Magistrado y Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Jesús María Barrientos¹, La competencia territorial en el orden penal es de carácter imperativo y se determina ex lege.

En consecuencia, con respecto a la acción penal que se interponga, será la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que determine la competencia territorial del órgano que deba conocer del asunto. Si acudimos al artículo 14 de la misma, observaremos que, su segundo apartado, afirma que será competente para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido -lo que se conoce con el latinismo *forum delicti commissi*-.

Es decir, que, para la acción penal, será el Juez de Instrucción o bien de Madrid -en caso de ir contra Greed Group- o bien el de Alicante -en caso de ir contra Habanera- el que deba conocer del asunto, pues estos serían los lugares en los que se habría cometido la acción delictiva.

Ahora bien, con respecto a la responsabilidad civil derivada del delito, nos interesa destacar el segundo apartado del artículo 109 del Código Penal, el cual afirma que, el perjudicado, podrá optar en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. En otras palabras, lo que el Código Penal recoge, es la posibilidad de separar, por un lado, la responsabilidad penal por el delito cometido y, por otro, la responsabilidad civil derivada del mismo.

En consecuencia, en caso de separar las acciones, para interponer la acción civil por la que se exija la responsabilidad contractual consistente en el perjuicio patrimonial derivado del incumplimiento del contrato firmado por las partes, mediante el cual quedaban obligadas a llevar a cabo la operación que se analiza en este informe, consideramos que sí resultaría de aplicación la cláusula de sumisión expresa, y debiendo por tanto ser los Juzgados de Primera Instancia de Valencia los competentes.

En segundo lugar, en caso de que nuestro cliente pretenda exigir responsabilidades a la empresa de auditoría, a través de una acción de responsabilidad civil contractual, parece evidente que la cláusula de sumisión expresa no resultaría de aplicación. La principal razón

¹ Jesús María Barrientos, artículo publicado en: <https://practico-penal.es/vid/competencia-territorial-penal->.

para ello, es que Pufosa Asesores Financieros, no es parte del contrato por el que se lleva a cabo la operación de la que se deriva la disputa.

En este sentido, existirá otro contrato entre la firma de auditoría y nuestro cliente -mediante el cual se contrataron los servicios que la misma prestó-, en el cual podría existir una cláusula de sumisión expresa a otra jurisdicción distinta -o la misma, pero en virtud del contrato firmado con nuestro cliente-.

Como última acción posible, destaca la que nuestro cliente podría plantearse interponer directamente contra el Señor Gekko, consistente fundamentalmente en la realización de actos de desviación de la competencia por su parte con respecto a la Newco. En este sentido, la cláusula de no competencia, quedará también recogida en los contratos de la operación -tal y como veremos más adelante, se trata de una cláusula típica en los procedimientos de constitución de una Joint Venture-.

Por tanto, podemos afirmar que, en el hipotético caso de entablar esta acción también de manera individualizada, también resultaría de aplicación la cláusula de sumisión expresa, por lo que serían los Juzgados y Tribunales de Valencia los que conocerían de este asunto.

- Justificación de legitimación activa y pasiva de las partes, y posibilidad de litisconsorcio pasivo

El concepto de legitimación se encuentra fundamentalmente recogido en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que afirma que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

El Tribunal Supremo², define la legitimación afirmando que “la existencia o inexistencia de la legitimación viene determinada por una norma procesal -artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, ha de ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional y su reconocimiento no lleva consigo la atribución de derechos subjetivos u obligaciones

² STS N° 260/2012, de 30 de abril de 2012.

materiales, sino que, como enseña la más autorizada doctrina, coloca o no al sujeto en la posición habilitante para impetrar la aplicación de la ley a un caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional”.

Por tanto, la legitimación debe entenderse como aquello que habilita a las partes a actuar como tal en un procedimiento determinado. Previamente a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la legitimación, como concepto, se componía a su vez de otros dos conceptos, que son la legitimación ad causam y la legitimación ad procesum.

Ahora bien, el Alto Tribunal³ considera actualmente que se ha operado una superación de las categorías de legitimación ad processum y legitimación ad causam, de forma que el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la consideración de partes legítimas, hace referencia a la legitimación ordinaria entendida como la que se deriva de la titularidad de relación jurídica deducida en el proceso, o del interés de ella. Por tanto, la antes denominada legitimación ad processum, se equipara a la capacidad procesal, mientras que la legitimación ad causam ha pasado a recibir la denominación de legitimación.

La conclusión fundamental de este análisis, es que nuestro cliente efectivamente cuenta con legitimación para iniciar el procedimiento que aquí se analiza. Profundizando algo más en la legitimación, procede también un breve análisis sobre la legitimación activa y la legitimación pasiva, conceptos también fundamentales para el procedimiento.

En este sentido, la legitimación activa se define la vinculación jurídica que se refiere al actor o demandante en el proceso con el objeto del mismo, que le permite promover un proceso y obtener una resolución judicial sobre tal objeto. En consecuencia, a la hora de iniciar el procedimiento, sería nuestro cliente quien ostentaría la legitimación activa en el mismo, pues es quien pretende exigir responsabilidades a las demás partes.

Por otro lado, se entiende por legitimación pasiva la legitimación que ostenta parte demandada, relacionada igualmente con el objeto del procedimiento iniciado por la parte

³ STS N° 828/2012, de 16 de enero de 2013.

que cuenta con legitimación activa. En nuestro caso, son varios los sujetos que cuentan con legitimación pasiva.

Fundamentalmente son dos, Greed Group, S.A. y Pufosa Asesores Financieros, cada uno de ellos por la responsabilidad que se les pueda exigir. Además, el Señor Gekko y el resto de administradores, como representantes tanto de Habanera, S.A.U., como de Greed Group, también ostentarían legitimación pasiva, así como el auditor en concreto que firmó el informe de auditoría -cuya identidad desconocemos-.

En cuanto al litisconsorcio, esta figura jurídica viene recogida en el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el primer apartado del mismo, lo define cuando afirma que “podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir”.

Por otro lado, el segundo apartado del mismo artículo dice que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

Este último apartado, define la figura denominada litisconsorcio pasivo necesario, situación por la que la Ley obliga a que una pluralidad de sujetos sea demandada en conjunto, para impedir que nadie que esté relacionado con un determinado procedimiento, pueda verse afectado por la resolución del mismo sin que se le conceda la oportunidad de defenderse. En este sentido, el litisconsorcio pasivo se entenderá como necesario cuando la sentencia sólo puede dictarse frente a todos los partícipes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, de modo tal que la eficacia de éste requiere la citación de esas personas. Cuando la sentencia no pudiera pronunciarse útilmente más que con respecto a varias partes, estas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso.

Por tanto, la principal conclusión que extraemos en relación con el litisconsorcio, es que solamente en determinados casos, la Ley obliga a que la parte actora incluya a más de un

sujeto a los que pedir sus pretensiones, para que todos ellos puedan defenderse, y por tanto la resolución obtenida tenga sentido -y por tanto eficacia-. Por lo demás, la figura del litisconsorcio, se entiende como la posibilidad de traer a más de un sujeto al mismo procedimiento, algo que favorece el cumplimiento del principio de economía procesal.

Es en este sentido en el que nosotros recomendaríamos a nuestro cliente que, en la demanda, incluyera a varios sujetos como demandados -lo que se analizará en las cuestiones materiales-. Así, podrá exigir responsabilidades a todos y cada uno de los sujetos que considere oportuno, bastando una única resolución que incluya un pronunciamiento sobre la responsabilidad de todos ellos.

- **Procedimientos a seguir de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil**

En lo que se refiere a los tipos de procedimientos civiles, el artículo que determina el tipo de proceso civil en el que nos encontramos, es el 248. En virtud del primer apartado del mismo, nos encontraremos ante un proceso declarativo -aquel en el que se solicita al juez que declare el derecho a aplicar para resolver el caso concreto-.

Dentro de los procedimientos declarativos, el segundo apartado del artículo antes mencionado, recoge como principales tipos de procesos declarativos, el juicio ordinario y el juicio verbal. Continuando con el artículo, el siguiente apartado establece que, a la hora de determinarse qué tipo de proceso declarativo ha de seguirse, prima el criterio de la materia sobre el criterio de cuantía.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las materias que deberán ser resueltas mediante un tipo de proceso u otro, se recogen en el primer apartado de los artículos 249 -juicio ordinario- y 250 -juicio verbal-, y ninguna de ellas coincide con la del caso que nos ocupa, se deduce que el criterio a emplear para la determinación del proceso civil, es el de la cuantía.

Así, el apartado segundo de los mismos artículos 249 y 250, establece que la cuantía a partir de la cual se distingue entre juicio ordinario y juicio verbal, es de seis mil euros. Por tanto,

si volvemos a los hechos del caso, y analizamos las cantidades que se están barajando en la operación -lo cual se encuentra en el análisis de las cuestiones materiales a continuación-, rápidamente nos daremos cuenta de que, en todo caso, se supera la cifra de seis mil euros, luego se tratará de un juicio ordinario.

- **Proposición de pruebas y medios de prueba**

Para poder analizar la proposición y admisibilidad de las pruebas que solicitemos, será necesario acudir a los artículos 282 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal y como sucedía con las medidas cautelares, la iniciativa a la hora de aportar aquellas pruebas que faciliten al juez convencerse de la certeza de los hechos alegados, es de las partes, salvo determinadas excepciones.

En cuanto al procedimiento, la citada Ley establece que, el momento para realizar la solicitud de las pruebas, varía en función del tipo de prueba que se esté solicitando. Así, el artículo 269 establece que, la solicitud de pruebas documentales -basadas en documentos tanto públicos como privados- habrá de hacerse mediante su aportación junto con el escrito de demanda que presentemos -y en el de contestación en caso de que nos demanden-. Para el resto de pruebas, serán propuestas en la audiencia previa y practicadas en el juicio, salvo que deban ser practicadas previamente.

Posteriormente a su solicitud, el tribunal determinará, tal y como asegura el artículo 285, aquellas pruebas que serán admitidas y las que no. Para ello, la Ley exige que las pruebas se pidan expresándolas de manera separada, y consignando el domicilio de cada persona que se cite para participar en el proceso -artículo 284-. La resolución a la que hacemos referencia, será recurrible mediante recurso de reposición, que deberemos interponer en caso de que el tribunal nos inadmita alguna prueba que consideremos clave para la defensa de nuestros intereses. En caso de desestimación de la reposición, formularemos protesta, de cara a la segunda instancia.

Una vez expuesto el procedimiento de solicitud de las pruebas, debemos analizar qué pruebas en concreto deberá solicitar nuestro cliente. En este sentido, si acudimos al artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, observaremos que el mismo contiene los principales medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio, que son:

- Interrogatorio de las partes
- Documentos públicos.
- Documentos privados.
- Dictamen de peritos.
- Reconocimiento judicial.
- Interrogatorio de testigos.

Además, se admiten, conforme a lo dispuesto en la Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Por tanto, de entre estos medios de prueba, tendremos que escoger aquellos que nos sean más útiles para la defensa de los intereses de nuestro cliente.

Pues bien, en primer lugar y siguiendo el orden del artículo, solicitaremos al tribunal que admita como prueba el interrogatorio de las partes. En este sentido, se citará para la celebración de sendos interrogatorios:

- En primer lugar, se realizará un interrogatorio al Sr. Gordon Gekko, como representante de las sociedades Greed Group y Habanera. Mediante este interrogatorio, nuestra labor será la de acreditar, por un lado, que la información contable en la que se basaron tanto la firma de auditoría como el experto independiente para valorar Habanera es la que se aporta -en documento privado- y, por otro, que era plenamente consciente de que, con Newco aún como sociedad plenamente operativa en el mercado, se dedicó a establecer relaciones comerciales con clientes de dicha sociedad, con la clara intención de lucrarse con ello.

- Por último, llamaremos a declarar a los señores Fox y Roist, en calidad de representantes de la sociedad adquiriente, de tal forma que quede acreditado en sede judicial, que los compradores -nuestros clientes-, se basaron en el informe elaborado por la entidad auditora para la valoración y establecimiento del precio de la sociedad adquirida.

A continuación, en lo que se refiere a documentos privados, nuestro cliente deberá aportar, junto con la demanda, fundamentalmente los informes tanto de la firma de auditoría como del experto independiente. Si acudimos a los hechos del caso, los mismos decían que ambos informes arrojaban un resultado similar, lo que quedará acreditado mediante su aportación.

Si junto con dichos informes, aportamos también el informe elaborado por el departamento interno de contabilidad de nuestro cliente, quedará acreditada la diferencia entre informes, causa fundamental para la exigencia de responsabilidades. Acreditando que los informes previos arrojan un resultado similar, y bastante superior al que aporta nuestro cliente, nos resultará más fácil elaborar una argumentación relativa al falseamiento de las cuentas por parte de Greed Group.

Por otro lado, otros documentos privados que consideramos relevante para la defensa de los intereses de nuestro cliente, consisten en aquellos en virtud de los cual la partes se obligaban a constituir posteriormente la *Joint Venture*. Estos documentos, contendrán cláusulas tan relevantes como las relativas a la valoración de las aportaciones de cada uno de los socios de Newco, las manifestaciones y garantías, las mayorías reforzadas de la junta general, la entrada de nuevos socios y los compromisos de competencia, cláusulas sobre transmisión y emisión de nuevas participaciones, o cláusulas de no competencia.

Con respecto al dictamen de un perito, a pesar de los costes para el cliente, sí consideramos útil que se solicite dicho dictamen. Sobre el perito en cuestión -que deberá gozar de experiencia suficiente en el análisis de estados financieros de sociedades-, deberá elaborar su propio informe en relación a los estados contables aportados por Greed Group. En este sentido, el dictamen del perito se entiende como un refuerzo a los argumentos que esgrimamos.

Por último, en lo que se refiere al interrogatorio de testigos, encontramos dos bloques de testigos que nos pueden resultar útiles para las pretensiones de nuestro cliente. Por un lado, dentro de Greed Group, el departamento interno de contabilidad deberá declarar en sede judicial, ya que son quienes elaboran las cuentas anuales que posteriormente formulan los administradores de la sociedad. Por otro lado, citaremos a declarar a aquellos clientes de Newco sobre los que sospechamos que el Sr. Gekko ha podido llevar a cabo conductas de desvío de la competencia, con el fin de que dichas conductas queden expuestas y por tanto acreditadas en sede judicial.

CUESTIONES MATERIALES A CONSIDERAR

En este apartado, se pretenden abordar las principales cuestiones materiales del caso que nos ocupa, analizándolas siempre con la perspectiva de defender de la mejor manera posible los intereses de Sigaar, BV, nuestro cliente. Así las cosas, las principales cuestiones materiales a las que nos referimos, son las que se exponen a continuación.

- **Base jurídica de las posibles demandas**

Esta parte del informe comienza con el análisis de la base jurídica de una posible demanda interpuesta por nuestro cliente, por los daños que le hubieran podido producir tanto Greed Group como Habanera, con ocasión de la operación que tuvo lugar en su día.

En primer lugar, sobre la **posibilidad de reclamar daños derivados del falseamiento de la contabilidad de Habanera** a la hora de obtener su valoración, el punto de partido de nuestro cliente es claro. Se trata de un punto de partida fáctico, consistente en que tanto la firma de auditoría, como el experto independiente, llegaron a un resultado similar en la valoración de las cuentas de Habanera.

En este sentido, los hechos narrados nos dicen que, **a la vista de la documentación facilitada por Habanera**, ambos llegaron a la conclusión de que el EBITDA de dicha sociedad, ascendía a 977.222 euros, cantidad muy superior a los 771.460 euros que, unos meses después de la conclusión de la operación, calculó el departamento de contabilidad de nuestro cliente -y más teniendo en cuenta que la valoración final de la sociedad consiste en multiplicar dicho EBITDA por un múltiplo-.

Teniendo en cuenta que la firma de auditoría fue directamente seleccionada y contratada por Sigaar, y que el experto independiente no tiene ningún interés relacionado con la conclusión con éxito de la operación, podemos concluir que, al menos *a priori*, sí existen indicios de falseamiento de la información contable proporcionada por Habanera, la cual podría estar reflejando unos resultados inflados y por tanto no coincidentes con la realidad.

En este sentido, llegamos a la conclusión de que, desde el punto de vista de nuestro cliente, deben exigirse responsabilidades. Parece claro que, a raíz de la operación llevada a cabo, Sigaar ha sufrido un perjuicio patrimonial, sin que el mismo provenga del desarrollo normal

-riesgo y ventura- de cualquier inversión, escenario en el que no tendría nada que reclamar a ningún sujeto relacionado con la misma.

En concreto, la diferencia de cálculo entre el EBITDA obtenido por la auditora, y el obtenido por el departamento interno de contabilidad de nuestro cliente, es de un total de 200.762 euros. Si a esto le añadimos que el precio de la operación se fijó en un valor de ocho veces el EBITDA, la diferencia total llega a la cifra de 1.606.096 euros.

Ahora bien, a la hora de exigir dichas responsabilidades, lo que realmente debemos analizar, es qué responsabilidad resultaría atribuible a cada uno de los sujetos relacionados con la correcta valoración de Habanera. Además, deberá tenerse en cuenta que, para que las posibles acciones tengan éxito, será necesario demostrar en sede judicial el efectivo falseamiento de las cuentas anuales de la sociedad en la que nuestro cliente realizó su inversión.

Con respecto a la **posible responsabilidad de la firma de auditoría**, debemos acudir a lo que nos dice la Ley de Auditoría de Cuentas. En primer lugar, según el segundo apartado del artículo 1 de dicha ley, “se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales”. Esta definición, que puede resultar algo obvia, es muy relevante, pues determina el objeto del contrato por el cual se encarga el informe de auditoría a Pufosa Asesores Financieros.

En este sentido, en relación a dicho informe, en el tercer apartado del artículo 5 de la misma ley, se afirma que “el informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos”. Por tanto, con respecto a la responsabilidad última sobre el informe emitido por Pufosa Asesores Financieros a nuestro cliente, que también es su cliente, podríamos entender que recaería sobre la propia auditora –o, en su caso, sobre los auditores que lo firman-.

Y es que, por mucho que la auditora alegue que la documentación que recibió por parte de Habanera estaba alterada, el artículo 6 de la ley antes mencionada afirma que “quien o quienes realicen dichos trabajos, estarán obligados a requerir cuanta información precisen para la emisión del informe de auditoría de cuentas”.

Así, el artículo 26 de la misma, afirma 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 respecto a la naturaleza de la responsabilidad civil exigible al auditor, el propio artículo continúa diciendo que la misma resultará exigible “de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero”, siendo también exigible “de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros”.

En conclusión, en virtud de los artículos que hemos destacado de la Ley de Auditoría de Cuentas, nuestro cliente deberá exigir a Pufosa Asesores Financieros la responsabilidad civil contractual derivada del perjuicio efectivamente ocasionado. En este sentido, podemos afirmar que el contrato de auditoría, exige que el informe de los auditores encargado por el cliente refleje la imagen fiel de la sociedad que se encarga auditar.

Por ello, resultará de aplicación el artículo 1.101 del Código Civil, que afirma que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Siendo cierto lo anterior, parece que nos encontramos más ante un comportamiento negligente por parte de los auditores que ante un comportamiento doloso, ya que su resultado en la valoración resultó similar al del experto independiente. En este sentido, debemos sostener que, si bien parece que efectivamente Habanera falsificó sus cuentas para inflar su valor ante nuestro cliente, era deber de la auditora asegurarse de que esto no sucediera.

Con respecto a la **responsabilidad de los administradores de Habanera, S.A.U.**, nuestro cliente deberá argumentar que los administradores cometieron el delito de falsificación de las cuentas anuales societarias contenido, dentro de la sección de los delitos societarios, en el artículo 290 del Código Penal.

Este artículo afirma que aquellos administradores que “falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

Así, el Tribunal Supremo⁴, determina que “la falsedad o falseamiento de las cuentas anuales de una sociedad, si reviste idoneidad para causar un perjuicio, es típica según el artículo 290 cuando quien la comete es el administrador de hecho o de derecho de la entidad”. Por tanto, el Alto Tribunal establece que, para la correcta aplicación del precepto formulado, es necesario el análisis de los elementos fundamentales del tipo penal:

- Las funciones concretas del acusado en la sociedad, ya que el tipo exige que los autores sean los administradores de hecho o de derecho;
- El efectivo falseamiento de las cuentas anuales, entendiendo el término “falsear” como mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos; y
- En tercer lugar, que el falseamiento de las cuentas mediante la introducción de datos falsos, sea idóneo para causar un perjuicio económico a la sociedad, a sus socios o a terceros.

Analizando los hechos expuestos, podemos llegar a la conclusión de que, en virtud del artículo 290 del Código Penal, y con el apoyo jurisprudencial mencionado, nuestro cliente cuenta con fundamentos suficientes para exigir la responsabilidad penal de los administradores de Habanera, derivada del delito societario de falsificación de las cuentas anuales.

Además de la responsabilidad penal, nuestro cliente deberá exigir, basándose en los artículos 109 y 110 del Código Penal, la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito. Dicha responsabilidad civil, que será desarrollada más adelante, consistirá fundamentalmente en la restitución, la reparación del daño, y la indemnización de

⁴ STS 211/2014, 18 de marzo de 2014.

perjuicios materiales y morales que Sigaar hubiera sufrido como consecuencia de la actuación de los administradores.

En lo que se refiere a los **aspectos societarios intragrupo**, lo más destacable que encontramos en nuestro caso, consistiría en que tanto Habanera -sociedad filial- como Greed Group -sociedad matriz-, comparten todos los miembros del consejo de administración de ambas sociedades.

En este sentido, a la hora de depurar responsabilidades, nos resultará por tanto indiferente exigir las a los administradores de Greed Group o de Habanera, puesto que se trata de las mismas personas. De hecho, teniendo en cuenta que las cuentas anuales de los grupos de sociedades, se deben presentar consolidadas, será conveniente analizar si el falseamiento se produjo en la elaboración de las cuentas anuales del grupo del que Greed Group es la sociedad matriz -lo cual no parece muy probable-.

Por último, en lo que se refiere a la **desviación de clientela por parte del Sr. Gekko**, para poder determinar si, por parte de nuestro cliente, es posible argumentar o no que su comportamiento supone una conducta de competencia desleal, debemos hacer alusión a la Ley de Competencia Desleal.

En primer lugar y en términos generales se entiende, en virtud del artículo 4 de dicha Ley, como desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Más concretamente, en relación con los consumidores, “se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”.

Ahora bien, una vez nos hemos aproximado al concepto de conducta desleal, debemos aproximarnos a la desviación de clientela, para ver si la conducta del Sr. Gekko, puede considerarse como un acto de competencia desleal para con nuestro cliente. En este sentido, el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, afirma que se deberá considerarse desleal

“la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”.

Una vez vista la norma, para saber si el artículo resulta de aplicación a nuestro caso concreto, debemos acudir a la jurisprudencia. La Audiencia Provincial de Madrid, en una sentencia del 21 de diciembre de 2012⁵, aborda la cuestión que nos interesa.

Al final, la sentencia determina que, para que una conducta pueda resultar subsumible en el artículo 14, y por tanto también en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, deben suceder:

- La existencia de una relación contractual previa con los clientes que se estuvieran desviando, ya que, si no, nos encontraríamos en un mero acto de competencia entre competidores de un mismo sector -la clientela no puede entenderse como un elemento patrimonial de las empresas-. Dicha relación contractual, demuestra que la actuación demandada supone un acto de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, totalmente contrario a la buena fe.
- Que dicha conducta de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, se produzca en un momento temporal previo a la ruptura de las relaciones jurídicas entre la parte que la realiza y la parte perjudicada, ya que, si se produce posteriormente a la ruptura, y respetando el tiempo de no competencia acordado por las partes, no cabría reproche alguno.

En conclusión, y analizando los hechos del caso, consideramos que, de ser ciertas las sospechas de nuestro cliente, sí tendría razones suficientes para entablar acciones contra el Sr. Gekko por la realización de conductas de competencia desleal, derivadas fundamentalmente del clima de tensión entre las partes y de la sospecha del Sr. Gekko de su despido como gestor de Newco. Sin embargo, para ello deberíamos contar con algo más de información, consistente por ejemplo en qué clientes en concreto ha podido desviar, qué tipo de relaciones jurídicas nos vinculan con dichos clientes, etc.

- **Base jurídica de las posibles contestaciones a las demandas**

⁵ SAP M 22631/2012, del 21 de diciembre de 2012.

En este apartado, se desarrollan sucintamente una serie de argumentos que, la parte contraria, podría emplear en caso de, al igual que nosotros, decidir por su propia cuenta interponer su propia demanda contra nuestro cliente. El objetivo de este análisis, no es otro que el de estar preparados, por si se diera tal situación, y nos viéramos en la necesidad de defendernos ante tales acusaciones.

En este sentido, la primera de las acusaciones posibles, que la parte contraria podría verter contra nosotros, sería la de responsabilizar a la firma de auditoría por el informe que la misma redactó. En este sentido, la parte contraria argumentará, en esencia, que puso a disposición de Pufosa Asesores Financieros toda la información que los mismos requirieron, de tal forma que fue dicha firma de auditoría la que actuó negligentemente, y no al revés.

Además, a este argumento añadirán que, quien contrató a la firma de auditoría para que verificara que las cuentas anuales aportadas reflejaban la imagen fiel de la sociedad que iba a ser adquirida, fue nuestro cliente y no ellos. En consecuencia, tratarán de poner el foco en la responsabilidad de los auditores por hacer su trabajo de forma equivocada, sobre todo cuando su trabajo consistía precisamente en aportar seguridad y veracidad al proceso de compraventa.

Por otro lado, la siguiente alegación, consistirá en atacar la ampliación de capital social que se lleva a cabo en Newco, a partir de la cual el capital social del mismo, pasa de estar repartido en un 75%-25%, a estar repartido en un 95%-5%, a favor de nuestro cliente.

La alegación que formulará la parte contraria, consistirá fundamentalmente en afirmar que dicha ampliación de capital debe ser considerada abusiva, por la disminución que supuso para la parte contraria en el capital social de Newco, habiendo votado en contra de la adopción de dicho acuerdo. En este sentido, afirmarán que dicha ampliación, se llevó a cabo de manera totalmente injustificada, por falta de interés económico.

Ahora bien, esta alegación proveniente de la parte contraria, es fácilmente neutralizable, pues solamente tendremos que hacer alusión a lo que establezca el acuerdo de socios en virtud del cual se constituyó Newco en su día.

Además, con respecto a la falta de interés económico en la ampliación de capital, bastará con argumentar que, en un primer lugar, fue Greed Group quien buscaba un comprador para Habanera, fundamentalmente por la falta de liquidez del grupo. Si a esto le añadimos la reducción de ventas que ha sufrido la sociedad como consecuencia de la pandemia, encontraremos motivos económicos adicionales que apoyen la decisión adoptada por nuestro cliente.

Por último, la parte contraria, tratará de desacreditar uno de los elementos en los que se basa la defensa de los intereses de nuestro cliente, que es el informe interno del departamento financiero de nuestro cliente, el cual arrojó un resultado de valoración bastante inferior a la valoración previa a la adquisición de la sociedad.

Para ello, simplemente hará alusión a la procedencia del propio informe ya que, al poner de manifiesto que dicho informe proviene de una de las partes, se estará restando credibilidad al mismo. Ahora bien, la principal defensa ante tal acusación, consistirá en mantener la inexistencia de ningún tipo de interés en que el resultado del informe realizado por el departamento financiero de nuestro cliente arroje la diferencia por la cual surge todo el conflicto.

- **Mancomunidad y solidaridad de los administradores**

Si acudimos a la letra e) del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, el mismo obliga a que en los estatutos de las sociedades incluyan el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.

Pues bien, para saber la diferencia fundamental entre los administradores mancomunados y solidarios, tendremos que acudir al artículo 233 de la ley antes mencionada. Dicho artículo recoge las cuatro estructuras fundamentales que pueden conformar el órgano de administración, que son el administrador único, administradores solidarios, administradores mancomunados, y el consejo de administración.

Con respecto a los administradores solidarios, el artículo citado afirma que “el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones

estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno”. Sobre los mancomunados, el artículo hace referencia a los “administradores conjuntos” para referirse a ellos.

Por tanto, vemos que la principal diferencia entre estas dos clases de administradores es que, mientras en el caso de los administradores solidarios todos representan y vinculan a la sociedad, actuando incluso individual e independientemente, los administradores mancomunados tienen la obligación legal de actuar en conjunto a la hora de adoptar decisiones que vinculen a la sociedad.

En el caso que nos ocupa, no resulta excesivamente relevante que el órgano de administración de Sigaar esté constituido por dos administradores mancomunados -el Señor Fox y el Señor Roist-, salvo por el hecho de que, la parte contraria, deberá exigir a ambos administradores -como representantes legales- las responsabilidades que considere oportunas, siempre y cuando estas deriven de decisiones adoptadas por Sigaar, pues para ello, debieron adoptarse mancomunadamente.

- **Valoración de la *Joint Venture***

El concepto de *Joint Venture* hace referencia esencialmente a la cooperación entre sociedades, la cual goza de autonomía -tanto jurídica como económica-, llevada a cabo a través de, o bien la constitución de una nueva sociedad común a las partes que cooperan - con personalidad jurídica propia, pero controlada por las mismas-, o bien mediante de la firma de un contrato, para la realización de una obra o un servicio, de duración temporal determinada, y dotando a dicho ente de cooperación de apoyo técnico, financiero, humano o comercial propio de cada uno de los cooperantes.

Así, las razones para las que se establecen este tipo de relaciones jurídicas, son fundamentalmente de carácter económico. Con ánimo de destacar las más frecuentes, estas son la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto en solitario, el acceso más favorable a fuentes de financiación ajena, la existencia de barreras de entrada en determinados países del extranjero, el acceso a tecnología útil para la sociedad, y el acceso a un mayor número de clientes. Para poder llevar a la práctica la cooperación a la que hacemos referencia, nuestro ordenamiento jurídico recoge hasta cuatro mecanismos distintos.

- En primer lugar, las Uniones Temporales de Empresas -UTES-, definidas por el artículo 7 de la Ley 18/1982 como entes para la colaboración entre empresarios por un período de tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.
- En segundo lugar, encontramos las Agrupaciones de Interés Económico, definidas por la Ley 12/1991 como figura asociativa, con personalidad jurídica propia y carácter mercantil, integrada por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales, cuyo único objeto es desarrollar una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, sin ánimo de lucro para la misma.
- En tercer lugar, se encuentran las sociedades conjuntas de capital, cuya naturaleza jurídica podrá ser la de una sociedad anónima o una sociedad limitada. En nuestro caso, parece que se trata de una sociedad anónima de nueva constitución.
- Por último, encontramos en nuestro ordenamiento los denominados contratos de colaboración, que son fundamentalmente los contratos de distribución, agencia y licencia.

Una vez sabemos en qué consiste una *Joint Venture*, y los tipos que pueden existir, debemos analizar el proceso de constitución de la misma. En este sentido, existen cuatro documentos que se suelen elaborar por las partes, de tal forma que, la firma de cada uno de ellos, equivaldría a una fase en el proceso de constitución de la *Joint Venture*. Estos documentos son:

- Acuerdo de confidencialidad: Conocido también como *Non Disclosure Agreement* -NDA-, es el acuerdo por el cual las partes negociadoras se obligan a no desvelar ni utilizar ninguna información que no sea de dominio público de la parte contraria, facilitada con el fin de llevar las negociaciones a buen puerto.
- Acuerdo de Intenciones: Acuerdo por el cual las partes expresan su intención de llevar a cabo las negociaciones en curso. El análisis de su eficacia jurídica, queda expuesto en el siguiente apartado de este mismo informe.

- Contrato entre socios cooperantes: De entre todos los documentos enumerados, este es el que nos importa a la hora de resolver esta cuestión -además de ser el más relevante para la *Joint Venture*-. Dicho contrato, será el que contenga la valoración de la *Joint Venture*, ya que recoge las aportaciones que van a hacer cada uno de los socios que participan en la misma.

En este sentido, en virtud del artículo 58 de la Ley de Sociedades de Capital, en las sociedades de capital, sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Consecuentemente, **el valor de la *Joint Venture*, consistirá fundamentalmente en el valor económico de las aportaciones de los socios cooperantes, no pudiendo incluirse, en ningún caso, trabajos o servicios como parte de dicha valoración.**

- Constitución de la sociedad: Una vez se han determinado de mutuo acuerdo los elementos del contrato entre los socios, debe quedar constituida la sociedad a través de la cual, las partes cooperantes pretenden llevar a la práctica la actividad para la que cooperan.

- **Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos**

A la hora de definir y determinar el valor jurídico del acuerdo de intenciones, debemos partir de la base de que no es un concepto que encontraremos definido como tal en ninguna norma. Se trata por tanto de una figura jurídica construida a partir de la casuística, lo que nos obliga a acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para tratar de comprenderla. En este sentido, se trata de una figura jurídica controvertida, lo que ha ocasionado posicionamientos en diferentes sentidos por parte del Tribunal Supremo.

En primer lugar, en una sentencia del año 2000⁶, el Alto Tribunal, refiriéndose a una opción de compra de la que derivó la controversia que resuelve, afirma que “no era tal sino un pacto de intenciones, un acuerdo de futuro que no llega, por falta de configuración definitiva, al precontrato unilateral, que es la opción y constituye jurídicamente unos tratos preliminares que no vinculan en su eficacia contractual -pues no son contrato- sin perjuicio

⁶ STS 395/2000, 11 de abril de 2000.

de que su incumplimiento pueda generar responsabilidad no ya procedente de contrato -que no lo hay- pero sí extracontractual”.

En esta línea, el Tribunal Supremo acaba desestimando los motivos referidos a la opción de compra porque “no se puede considerar el llamado “contrato de opción” como verdadero precontrato de opción, sino que, como se ha dicho anteriormente, es un acuerdo o pacto de intenciones, algo más que unas meras conversaciones, pero, tal como lo han configurado, no llega a la categoría jurídica de precontrato ni, desde luego, de contrato por lo que huelga hablar de tradición”.

Por otro lado, en otra sentencia⁷, el Tribunal afirmó que “El “acuerdo de intenciones” al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza”.

Por tanto, en esta sentencia, el propio Tribunal Supremo, considera que, analizando el acuerdo de intenciones formalizado por las partes, sí se concluyó un auténtico precontrato entre las mismas, cuya consecuencia principal es que sí implicaría una serie de obligaciones que ambas deberían cumplir.

Pasando ahora a un análisis doctrinal, desde el punto de vista de Sergio Carreño Mendoza⁸, la jurisprudencia de nuestro país suele abordar la cuestión con apoyo en la solución del “todo o nada”, reconociéndole los efectos del contrato final cuando los términos materiales de la operación están determinados, y negándole cualquier efecto jurídico cuando éstos están ausentes. Al final, dependerá fundamentalmente del contenido del acuerdo de intenciones en concreto.

Según este autor, se pueden identificar fundamentalmente dos subtipos dentro de esta figura jurídica:

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 3626/1998 de 3 de junio.

⁸ Carreño Medoza, S. *Acuerdos de intenciones, negociación y gestión de la incertidumbre en la adquisición de empresas* <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=256924>

- “Las cartas de intenciones en sentido estricto o cartas de intenciones no vinculantes son acuerdos eminentemente declarativos en los que se describen los acuerdos preliminares de la operación. Los términos son orientativos y sirven como punto de referencia, pero no se asume ningún compromiso para seguirlos, ni para suscribir el contrato final; tampoco se imponen prestaciones concretas para negociar; o
- Los acuerdos de intenciones o cartas de intenciones vinculantes, por su parte, son contratos estructuradores de la negociación. En virtud de estos acuerdos, se describen los términos generales de la operación, pero no se asume ningún compromiso respecto de ellos. Por otra parte, definen los presupuestos procedimentales que deberán seguirse durante la negociación y regulan la situación en que quedarán las partes frente a un hipotético fracaso”.

En conclusión, en lo que se refiere al acuerdo de intenciones de nuestro caso, si bien no tenemos acceso al mismo, parece ser que el mismo incluía los términos esenciales de la operación que pretendía llevarse a cabo por las partes. En virtud de lo que hemos expuesto sobre los acuerdos de intenciones, parece ser que el mismo sí resultaría vinculante para las partes, hecho que sin duda reforzaría los argumentos de nuestro cliente.

En relación con las declaraciones y garantías, consisten en una figura jurídica proveniente de la cultura anglosajona. En esencia, consiste normalmente en una cláusula -normalmente denominada “Manifestaciones y Garantías” en los contratos, pues no deja de ser una traducción de la figura anglosajona denominada “Representations and Warranties”- añadida al contrato que firman las partes, con la intención de reducir el riesgo de la operación que se está llevando a cabo.

En este sentido, el propósito esencial de esta cláusula es, según José María Pinedo y de Noriega⁹, reforzar al comprador de la veracidad de lo que compra y, sobre todo, de la respuesta del vendedor ante cualquier activo o pasivo contingente. En última instancia, la finalidad de la cláusula en cuestión es, evitar los daños y perjuicios que eventualmente pueda sufrir el comprador por vicio en el consentimiento, derivado de la falsedad de las declaraciones realizadas por el vendedor.

⁹ Pinedo, J.M. *LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA*. <https://auren.com/es/blog/las-manifestaciones-y-garantias-en-el-contrato-de-compraventa-de-empresa/>

Para ello, lo que en esta cláusula suele manifestar el vendedor, en favor del comprador, es:

- Que efectivamente goza de la legítima posesión de lo que le transmite;
- La veracidad de las cuentas de la Sociedad adquirida, y que las mismas reflejan la imagen fiel de la misma;
- La inexistencia de compromisos o contratos distintos o ajenos al curso ordinario de sus negocios;
- El no incumplimiento de sus compromisos o contratos;
- La inexistencia de litigios al margen de los conocidos y relacionados en el contrato;
- La fiel observancia de la totalidad de las obligaciones tributarias y relativas a la Seguridad Social.

En conclusión, y a la luz de los hechos del caso, el 20 de diciembre de 2019, fecha en el que se elevaron a público los contratos de la operación, entraron en vigor las declaraciones y garantías que los mismos contuvieran, con un plazo de vigencia de 12 meses -en origen eran 24, pero fruto de las negociaciones, se acabó pactando un plazo de 12-.

Atendiendo a los hechos del caso, todo parece indicar que Greed Group ha incumplido con las declaraciones y garantías recogidas en los contratos por los que se desarrollaba la operación mercantil. En consecuencia, dicho incumplimiento supondrá que nuestro cliente le exija la responsabilidad correspondiente por ello.

- **Valor probatorio de los correos electrónicos**

Con respecto al valor probatorio de los correos, debemos reconocer que es una cuestión algo controvertida dentro de nuestro sistema judicial. Así pues, basándonos en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los correos electrónicos quedarían encajados dentro de la clasificación de documentos privados.

Continuando con esta línea, si acudimos al primer apartado del artículo 326 de la misma Ley, este dice que los documentos privados “harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”.

En consecuencia, lo que se entiende a raíz de la literalidad de la norma es, que siempre y cuando no se impugne demuestre la falta de su autenticidad, los correos electrónicos deberían ser considerados como prueba plena del procedimiento en curso -como sucede con cualquier otro documento privado-.

Sin embargo, la línea jurisprudencial resultaba algo contradictoria, debido a la existencia de resoluciones que reconocen el valor probatorio de los correos electrónicos presentados como prueba, así como resoluciones en el que dicho valor probatorio se niega. En este sentido, el debate ha sido zanjado recientemente por el Tribunal Supremo¹⁰, que resuelve que “en la era tecnológica en la que la sociedad está inmersa, se puedan aportar documentos como medio de prueba a través de soportes electrónicos -en referencia a los correos- siempre con las necesarias adaptaciones, así como de una correcta autenticación de los mismos”.

Ahora bien, analizando lo que se expone en los hechos del caso, no parece especialmente relevante para la resolución del mismo el contenido de los correos intercambiados entre las partes, ya que, cada una de ellas, manifiesta su propia postura en el conflicto -el Sr. Fox acusa al Sr. Gekko de falseamiento en las cuentas de Habanera, y el Sr. Gekko niega dichas acusaciones-.

Como mucho, se podrán presentar dichas conversaciones como refuerzo a los argumentos esgrimidos por nuestro cliente, ya que en los correos electrónicos queda demostrado que, lejos de mantener una actitud conciliadora y cooperadora para la aclaración de las discrepancias, el Sr. Gekko se empeña en mantener su postura de negar las irregularidades contables de Habanera.

- **Pautas para una valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados**

¹⁰ STS 706/2020, 23 de Julio de 2020.

Para poder determinar en qué consiste el daño sufrido por nuestro cliente, primero debemos dar una breve definición de lo que se entiende por daño. En este sentido, el daño al que hacemos alusión, consiste en esencia en la diferencia entre la situación patrimonial en la que se encuentra el perjudicado, y la situación patrimonial en la que se encontraría de no haberlo sufrido, como consecuencia de una acción u omisión llevada a cabo por el responsable del mismo.

Por otro lado, debemos ser conscientes de que la indemnización por daños y perjuicios no tiene un fin sancionador ni punitivo para el responsable, sino que su finalidad es meramente la de reparar el daño causado.

Una vez hemos podido definir el concepto de daño, debemos analizar los elementos que lo componen, para su correcta cuantificación posterior. Para ello, nos apoyamos en lo que dice el artículo 1.106 del Código Civil sobre la indemnización por daños y perjuicios, la cual “comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Así, este artículo contiene los dos elementos esenciales de toda indemnización por daños y perjuicios, que son:

- El **daño emergente**, definido por el Tribunal Supremo¹¹ como “daño real y efectivo” sufrido por la parte perjudicada. En este sentido, siendo cierto que tanto daño emergente como lucro cesante deben resultar suficientemente probados en sede judicial, debemos decir que este es más fácil de probar. La razón fundamental para ello, consiste en que el daño emergente que deberá demostrarse en nuestro caso, consistirá en la diferencia de valor entre los informes de auditoría y del experto independiente con respecto al valor obtenido por el departamento de contabilidad de nuestro cliente; y
- El **lucro cesante**, entendido como “la ventaja patrimonial cuya obtención por el acreedor ha quedado frustrada por el incumplimiento de la parte contraria”¹². Sobre

¹¹ STS 727/2003, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, de 14 de Julio de 2003.

¹² STS 3087/2018, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, de 11 de septiembre de 2018.

este, el Tribunal Supremo¹³ afirma que “sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía de haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista, o incluso el criterio restrictivo, para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, el nexo causal entre el hecho ilícito y el beneficio dejado de percibir y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo, que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión”.

Con ánimo de proceder a la cuantificación del daño causado a mi cliente, el mismo será desglosado en estas dos partidas fundamentales. Así:

- Como daño emergente, la cuantía parece clara. La misma consistirá en la diferencia entre el precio pagado por la participación en Habanera, y el que se debería haber pagado. Así, la diferencia de valor de la sociedad entre un informe y otro, era de 1.606.096, de tal forma que, si nuestro cliente adquirió en ese momento un 75% de la sociedad valorada, debería haber pagado **1.204.572** euros menos por ello.
- Como lucro cesante, llegamos a la conclusión de que no hay, pues el daño causado por una valoración societaria, no impide a nuestro cliente la obtención de ningún ingreso cierto y futuro relacionado con la misma.
- Por último, con respecto al Señor Gekko, el daño sufrido por sus actuaciones de competencia desleal, es difícil de calcular. Al final, debemos tener en cuenta que, mediante la conducta que el mismo lleva a cabo, el perjuicio patrimonial que ocasiona, consiste en un lucro cesante, en un ingreso cierto dejado de percibir -en esta ocasión por Newco-.

¹³ Sentencia nº 553/2005, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, de 07 de julio de 2005.

Así pues, tendremos que partir de la cifra de EBITDA -negocio generado antes de impuestos-, para poder calcular el lucro cesante en cuestión. En 2019, según nuestro informe, el EBITDA de Habanera, fue de 771.460 euros, por lo que, haciendo una aproximación -y considerando las circunstancias negativas del momento-, calculamos que el EBITDA de Habanera para el año 2020, es de unos 600.000 euros.

Dividiendo estos 600.000 euros entre 12, los meses del año, podemos afirmar que, de media, Habanera genera cada mes unos ingresos de aproximadamente 50.000 euros. La conducta del Señor Gekko, se presume que duró de mayo a diciembre -ocho meses-, pues en mayo resultó despojado de sus funciones en Newco. Por ende, el EBITDA afectado por la conducta del Señor Gekko, gira en torno a los 400.000 euros.

Aplicando un porcentaje del 20% al negocio desviado, llegamos a la conclusión de que el Señor Gekko ha impedido que Newco genere, de manera directa y a lo largo de 2020, 80.000 euros de negocio, por los cuales deberá responder.

ESCRITO DE DEMANDA

El escrito de demanda que presentaremos, para la defensa de los intereses de nuestro cliente, es el que se expone a continuación. Esta demanda, se presenta en el lugar del domicilio del principal demandado, pues debíamos elegir uno entre los diferentes domicilios de los demandados.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ALICANTE

JAVIER KELLER RODRÍGUEZ, procurador de los Tribunales y de la sociedad SIGAAR, BV, con DNI 02356799-I, cuya representación comprometen conferirme por apoderamiento apud acta, acompañado por DON MIGUEL AZPEITIA DE LA TORRE en calidad de letrado, con DNI 51117730-T y número 54789 de colegiación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en derecho

DIGO

Que, por medio de este escrito, y conforme a la representación anteriormente enunciada, formulo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en ejercicio de las acciones acumuladas de responsabilidad de los administradores, y de competencia desleal; con el objetivo de obtener sentencia estimatoria de las pretensiones de esta demanda, para la que deberán considerarse las siguientes partes:

A) Parte demandante: Sigaar, BV, sociedad holandesa, inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58732409, y con domicilio a estos efectos en Hofplein 44 (3032 AC), Ámsterdam.

B) Parte demandada: Pluralidad de sujetos demandados:

- Las personas físicas que ostentan el cargo de administradores de la sociedad HABANERA, S.A.U., sociedad española, inscrita en el Registro Mercantil de Alicante al tomo 8756, libro 5050, folio 198, hoja A-185720, y con domicilio a estos efectos en la Avenida de la Ilustración, nº 23 de Alicante (CP 03203).
- Greed Group, S.A., sociedad española, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187, y con domicilio a estos efectos en la Calle del Muro nº 14 de Madrid (CP 28015).
- Pufosa Asesores Financieros, S.L.P., sociedad española, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 7235, libro 54, folio 133, hoja M-095778, con domicilio a estos efectos en la Calle Condado de Treviño 27 de Madrid (CP 28033).
- El Señor Gordon Gekko, mayor de edad, casado, de nacionalidad australiana, con NIE Y-1877655P y domicilio a estos efectos en la Calle del Muro nº 1 de Madrid (CP 28015), España.

Procede la continuación del presente escrito, de tal forma que queden expuestos los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Debido al interés de mi mandante en ampliar su red comercial y su negocio en los mercados caribeño y español, se celebró a principios de septiembre de 2019, una reunión entre el Señor Bud Fox -administrador mancomunado de mi mandante-, y el Señor Gordon Gekko, Presidente del Grupo Greed Group, S.A., con el objetivo de negociar la adquisición de mi mandante de una participación mayoritaria de una de las

filiales del grupo, denominada Habanera, S.A.U. En dicha reunión, se llegó a la conclusión de que, la mejor forma de llevar a cabo la adquisición, sería mediante la constitución de una *Joint Venture* -Newco-, que ostentara la titularidad del 100% del capital social de Habanera, con las consiguientes ventajas fiscales que ello supone.

SEGUNDO.- Con el objetivo de facilitar que mi mandante presentara su oferta económica, Greed Group puso a disposición un informe de revisión jurídica, elaborado por su equipo de abogados interno. Se aporta este informe a la demanda, como DOCUMENTO N°1.

TERCERO.- Con este mismo objetivo, se facilitó a mi mandante otro informe, elaborado por la firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros, la cual fue elegida por mi mandante. Dicho informe, consistía en la revisión financiera y contable de la sociedad sobre la que se adquiriría la participación mayoritaria a fecha 31 de octubre de 2019, e incluía una previsión de los resultados al cierre del ejercicio. Dicho informe, arrojó un resultado -EBITDA- de novecientos setenta y dos mil doscientos veintidós (972.222) euros para el ejercicio de 2019. Se aporta también este informe con la demanda, denominado DOCUMENTO N°2.

CUARTO.- El 15 de noviembre de 2019, las partes negociadoras firmaron un acuerdo de intenciones, que incluía los términos esenciales de la operación en curso. Entre estos términos, se incluye una cláusula de declaraciones y garantías -cuya vigencia se pretendía que durara 24 meses-, y la estructura del capital social con la que debería contar Newco, siendo un 75% titularidad de mi mandante, y un 25% titularidad de Greed Group.

Para la constitución de Newco, se aportaría como capital social de Newco, las participaciones sociales de Habanera, S.A.U. Esta aportación, requirió la elaboración de un informe de experto independiente, el cual arrojó un resultado similar al de la auditora. Se adjuntan a la presente demanda el acuerdo de intenciones, como DOCUMENTO N°3, y el informe del experto independiente, como DOCUMENTO N°4.

QUINTO.- El 20 de diciembre de 2019, se formalizaron los contratos conforme al acuerdo de intenciones. Ahora bien, fruto de posteriores negociaciones, la cláusula de declaraciones y garantías, acabó siendo acordada con una vigencia de 12 meses, y no de 24 como se pretendía en un principio. En esta misma fecha, los contratos a los que hacemos referencia, fueron elevados a público ante notario. Se adjunta junto con la presente demanda el contrato de constitución de la *Joint Venture*, como DOCUMENTO N°5.

SEXTO.- Newco resultó finalmente configurada el 3 de enero de 2020, como una sociedad anónima con domicilio en Avenida de la Diagonal, n°12 de Barcelona -CP 08019- en el Registro Mercantil de Barcelona al tomo 1.234, libro 259, folio 75 y hoja B-586247. En la escritura de constitución de Newco, se estableció que su órgano de administración consistiría en un administrador único, el Señor Fox. La gestión diaria, quedaría en manos del Señor Gekko. Se añade a la presente demanda la escritura de constitución de Newco, como DOCUMENTO N°6.

SÉPTIMO.- Tras la toma de participación de mi mandante en Habanera -a pesar de ser mediante Newco-, fueron descubiertas una serie de irregularidades contables en la misma, cuya consecuencia fundamental era la sobrevaloración de la misma. Dichas irregularidades, fueron puestas de manifiesto por mi mandante al Señor Gekko en una reunión mantenida el 10 de marzo de 2020, en la ciudad de Miami. Para apoyar la certeza de las sospechas, mi mandante encargó la elaboración de un informe financiero que analizara la sociedad adquirida. Dicho informe, arrojó un resultado de setecientos setenta y un mil cuatrocientos sesenta (771.460) euros. Este resultado es claramente inferior a los que obtuvieron los informes de la auditora y del experto independiente, y por ello también se aporta como DOCUMENTO N°7.

OCTAVO.- Posteriormente, en una junta general extraordinaria celebrada el 27 de abril de 2020, se adoptaron dos acuerdos. En primer lugar, la destitución del Señor Fox como administrador único de Newco, para ser sustituido por el Señor Galuse Roist, el otro administrador mancomunado de mi mandante. Por otro lado, se aprobó el aumento de

capital social de Newco por compensación de un crédito con mi mandante, lo que implicó la modificación del capital social de Newco, que pasó a ser el 95% titularidad de mi mandante, y el 5% restante titularidad de Greed Group. Se aporta copia simple de la escritura pública del aumento de capital social como DOCUMENTO N°8.

NOVENO.- Por último, en el mes de mayo, el Señor Gekko resultó despojado de todas sus funciones en Newco, fundamentalmente debido a que nuestro mandante consideró que no se encontraba actuando con la diligencia suficiente para llevar las riendas del negocio que se le encarga. Adicionalmente, nuestro mandante tiene la sospecha de que, debido al clima de tensión generado entre los socios de la *Joint Venture*, el Señor Gekko podría encontrarse desviando clientela de Newco, algo que nuestro ordenamiento prohíbe expresamente.

A los hechos expuestos, les resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

PRIMERO. - Competencia

En virtud de los artículos 45 y 52 -en sus apartados 2° y 12°- de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que el Juzgado en el que se presenta esta demanda, es competente objetiva y territorialmente para conocer del asunto que nos ocupa.

SEGUNDO. - Capacidad y Legitimación

A raíz de los hechos expuestos, se entiende que, mi mandante, cuenta con legitimación activa para interponer la demanda que aquí se presenta, fundamentalmente debido a su condición de parte en la operación mercantil que desencadena el presente litigio.

Las acciones, que se desarrollan en el punto siguiente, quedan acumuladas en virtud de los artículos 71 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el objetivo de que las mismas sean resueltas en este procedimiento.

TERCERO. - Acciones

Mediante este escrito de demanda, son cuatro las acciones acumuladas que se interponen:

- A) Acción de responsabilidad individual contra los administradores de la sociedad Habanera, S.A.U., la cual cuenta, en virtud del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, con un plazo de prescripción de 4 años.

- B) Acción de reclamación por el incumplimiento de la cláusula de declaraciones y garantías contra Greed Group, S.A. Atendiendo a los hechos expuestos, tal cláusula consta en los contratos a través de los cuales se llevó a cabo la operación mercantil de la que deriva este conflicto, los cuales se firmaron y elevaron a público con fecha 19 de diciembre de 2019.

Con respecto al plazo para interponerla, las cláusulas de declaraciones y garantías, se acabaron estableciendo con una vigencia de 12 meses, lo cual impediría la interposición de esta acción a 10 de enero de 2021.

Sin embargo, debido a la situación de pandemia mundial, los órganos jurisdiccionales permanecieron cerrados durante meses, lo que obligó a la aprobación del Real Decreto 463/2020, el cual prorrogó los plazos procesales afectados por dicha situación de pandemia. En consecuencia, la interposición de la acción expuesta, puede llevarse a efecto.

- C) Acción de responsabilidad civil contractual contra Pufosa Asesores Financieros, S.L.P., propia del artículo 1.101 del Código Civil. En virtud de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición Transitoria quinta, se nos remite al artículo 1939 del Código Civil, para acabar determinando que, en virtud del artículo 1964 del mismo Código, esta acción prescribe en un plazo de 5 años. En consecuencia, nos encontramos en plazo para interponerla.

D) Acción de reclamación de daños y perjuicios contra el Señor Gekko, debido a la realización por parte del mismo de una conducta de competencia desleal, consistente en la desviación de clientela de Newco, S.A., con el objetivo fundamental de lucrarse con ello.

En virtud del artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal, nos encontramos dentro de plazo para la interposición de la acción descrita.

CUARTO. - Tramitación

Con respecto al procedimiento que deberá seguirse, el mismo consistirá en un procedimiento de juicio ordinario, tal y como se estipula en el artículo 248, 249 y 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La tramitación que deberá seguir este tipo de procedimiento, se encuentra regulada en el Título II del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a partir del artículo 399 de la misma.

QUINTO. - Postulación

En cumplimiento de lo estipulado por los artículos 24 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; tal y como se manifiesta en el encabezamiento de la presente demanda, mi mandante actúa representada por procurador, y asistida por letrado.

SEXTO. - Cuantía

Este procedimiento, versa sobre una cuantía total de UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS (1.284.572) euros, debido a la acumulación de los subtotales UN MILLÓN DOSCIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS (1.204.572) euros, como resultado del falseamiento de las cuentas anuales de Habanera, S.A.U., más los OCHENTA MIL (80.000) euros por la conducta de competencia desleal del Señor Gekko.

SÉPTIMO. - Costas

En virtud del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se solicita a este Juzgado que imponga el abono de las costas a la parte demandada.

II. PRESUPUESTOS MATERIALES

PRIMERO. - Objeto y Pretensión de la demanda

El principal fin con el que la parte demandante interpone esta demanda, no es otro que el resarcimiento del daño causado por la parte demandada. Este daño, de naturaleza patrimonial, le ha sido causado por diferentes sujetos de derecho -los cuales componen dicha parte demandada-, de tal forma que, a cada uno de ellos, se les exige que respondan por sus acciones.

En definitiva, se solicita al Juzgado que estime nuestra pretensión dictando sentencia condenatoria, mediante la cual, se obligue a todos los sujetos a abonar las cantidades expuestas en favor de mi mandante, de tal forma que su patrimonio se encuentre tal y como debería encontrarse en caso de haber cumplido la parte demandada con sus obligaciones.

Para ello, nos basamos en las alegaciones que se exponen en el apartado SEGUNDO de estos fundamentos.

SEGUNDO. - Alegaciones

I.- Falseamiento de las Cuentas Anuales de Habanera, S.A.U.

Tal y como ha sido expuesto en la parte descriptiva de los hechos del caso en el presente escrito, los administradores de la sociedad posteriormente adquirida, Habanera, S.A.U., falsearon las cuentas de la misma, con el objetivo de que se estableciera una valoración superior a la que le correspondía -algo lucrativo desde el punto de vista del vendedor-.

Así, el resultado contable que se obtuvo del EBITDA fue de 972.222 euros, lo que excede en 200.762 euros el EBITDA obtenido internamente por la parte demandante, que resultó ser de 771.460 euros. Teniendo en cuenta que el valor de la operación fue de ocho veces el EBITDA, la diferencia total fue de 1.606.096 euros -lo cual es una cantidad importante-.

En este sentido, entendemos que los administradores de Habanera, S.A., han cometido un delito de falsedad documental, regulado en el artículo 290 del Código Penal, el cual afirma que “aquellos administradores que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar

un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

Lejos de pretender que este Juzgado determine la responsabilidad penal de los administradores, consideramos oportuna la mención a la conducta delictiva de los mismos, ya que, lo que sí se pretende, es que este tribunal estime la responsabilidad civil de los administradores derivada del delito -tal y como se recoge en los artículos 109 y 110 del Código Penal-.

Cabe traer a colación una Sentencia del Tribunal Supremo, la cual recoge los requisitos esenciales para poder determinarse la efectiva falsedad documental llevada a cabo por los administradores, Así, el 18 de marzo de 2014, el análisis que se lleve a cabo, deberá determinar, con respecto a la conducta de la parte demandada:

- Las funciones concretas del acusado en la sociedad, ya que el tipo exige que los autores sean los administradores de hecho o de derecho;
- El efectivo falseamiento de las cuentas anuales, entendiendo el término “falsear” como mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos; y
- En tercer lugar, que el falseamiento de las cuentas mediante la introducción de datos falsos, sea idóneo para causar un perjuicio económico a la sociedad, a sus socios o a terceros.

En nuestro caso, se cumplen los tres requisitos.

Con respecto al régimen concreto de responsabilidad civil, mediante el cual se pretende que este Juzgado condene a los administradores de Habanera, S.A.U. al resarcimiento de daños y perjuicios causados, es el que se recoge en la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 236 y siguientes. Por último, destacamos también el artículo 253 de la misma Ley -que obliga a los administradores a formular las cuentas anuales de las sociedades-.

II.- Incumplimiento de la cláusula contractual de declaraciones y garantías

Atendiendo a los hechos expuestos en esta demanda, las cláusulas de declaraciones y garantías, fueron incluidas en los contratos que prosiguieron al acuerdo de intenciones, a

través de los cuales se acabó materializando la operación que desata esta disputa. Tal y como se expone en estos mismos hechos, finalmente, la vigencia de dichas cláusulas, fue establecida por un período de 12 meses y no de 24, como se había negociado en un principio.

Pues bien, las cláusulas de declaraciones y garantías -la cual suele denominarse “Manifestaciones y Garantías” en los contratos, pues no deja de ser una traducción de la figura anglosajona denominada “Representations and Warranties”-, se añaden a los contratos con la intención de reducir el riesgo de la operación en curso.

En este sentido, el propósito esencial de esta cláusula, no es otro que reforzar al comprador de la veracidad de lo que compra y, sobre todo, de la respuesta del vendedor ante cualquier activo o pasivo contingente. En última instancia, la finalidad de la cláusula en cuestión es, evitar los daños y perjuicios que eventualmente pueda sufrir el comprador por vicio en el consentimiento, derivado de la falsedad de las declaraciones realizadas por el vendedor.

Y es que, precisamente, debe entenderse que, mi mandante, otorgó su consentimiento viciado con respecto a la operación que se encontraba en curso, pues, el objeto de la adquisición, no se correspondía con lo que reflejaban los contratos que se firmaron a tal fin. Dado que las negociaciones contractuales fueron mantenidas con el Señor Gekko, el cual actuaba en representación de Greed Group -con quien se firman los contratos que contienen las cláusulas expuestas-, es Greed Group quien las incumple y debe responder.

III.- Incumplimiento de contrato de Pufosa Asesores Financieros, S.L.P

El artículo primero de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, determina el objeto del contrato de auditoría cuando afirma que “se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales”. Por tanto, establece una primera obligación esencial que debe cumplir aquella sociedad a la que se contrata para la prestación de este tipo de servicios.

Continuando con la misma Ley, con respecto al informe elaborado, el artículo 5 afirma que, el mismo, “será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos”. En consecuencia, es la propia Ley de Auditoría de Cuentas la que parece responsabilizar a los auditores por el resultado del informe.

Si atendemos a los hechos del caso, nuestro mandante seleccionó a Pufosa Asesores Financieros para la elaboración del informe de auditoría sobre Habanera, S.A.U. Para ello, las partes firmaron un contrato de prestación de servicios de auditoría, en el que se exigía que, dicho informe, reflejara la imagen fiel de la sociedad auditada.

Para ello, la Ley de Auditoría de Cuentas, impone a los auditores, en su artículo 6, la obligación de “requerir cuanta información precisen para la emisión del informe de auditoría de cuentas”.

Por todo lo expuesto anteriormente, llegamos a la conclusión de que Pufosa Asesores Financieros, incumplió con sus obligaciones contractuales esenciales, pues no revisó ni verificó correctamente las cuentas anuales de la sociedad que se le encargó auditar, ni requirió toda la información -al menos no adecuadamente- para la elaboración de su informe.

En consecuencia, con respecto a la responsabilidad derivada de la conducta de Pufosa, el artículo 26 de la ley antes citada, afirma 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”.

Por tanto, resulta de aplicación el artículo 1.101 del Código Civil, por el cual “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

En este sentido, entendemos que la conducta de Pufosa Asesores Financieros, ha sido una conducta negligente, al no haber respetado la *lex artis* propia de su sector y, por ende, haber presentado un informe que no reflejaba verazmente la imagen fiel de la sociedad auditada.

IV.- Desviación de clientela por parte del Señor Gekko

La parte demandante entiende que, el Señor Gekko, se encuentra actualmente aprovechándose del cargo desempeñado en Newco, S.A., para llevar a cabo actos de desviación de clientela, con el fin de establecer de forma paralela a dicha sociedad, su

propio negocio. Para la acreditación de esta conducta, se solicita como prueba el interrogatorio a dos representantes de la clientela de Newco.

En virtud del artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se deberá entender como desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

Más, concretamente, con respecto a los consumidores, “se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”.

Para acercarnos más a la conducta desarrollada por el demandado, acudimos al artículo 14 de la misma Ley, el cual establece, que deberá considerarse también como desleal “la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”.

Jurisprudencialmente, nos interesa traer a colación la Sentencia de 21 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial, por la que se establecen los dos requisitos que deben existir para que una conducta subsumible en el artículo 14, lo sea también en el 4. Estos requisitos, son:

- La existencia de una relación contractual previa con los clientes que se estuvieran desviando, ya que, si no, nos encontraríamos en un mero acto de competencia entre competidores de un mismo sector -la clientela no puede entenderse como un elemento patrimonial de las empresas-. Dicha relación contractual, demuestra que la actuación demandada supone un acto de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, totalmente contrario a la buena fe.
- Que dicha conducta de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, se produzca en un momento temporal previo a la ruptura de las relaciones jurídicas entre la parte que la realiza y la parte perjudicada, ya que, si se produce posteriormente a la

ruptura, y respetando el tiempo de no competencia acordado por las partes, no cabría reproche alguno.

Es precisamente este tipo de comportamiento, el que considera mi mandante que está llevando a cabo el Señor Gekko, lo que nos permite entender que el Señor Gekko está llevando a cabo actuaciones de competencia desleal, por lo que debe responder.

Por todo lo anterior,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito de demanda, así como los documentos y sus copias que al mismo acompañan, los admita y, previos los trámites legales, incluyendo la admisión y práctica de la prueba propuesta, dicte sentencia estimatoria de todas las pretensiones formuladas, por la que se condene a lo siguiente:

I.- El abono de UN MILLÓN DOSCIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS (1.204.572) euros, por la responsabilidad derivada del falseamiento de las cuentas anuales de Habanera, S.A.U., la sociedad adquirida. Se solicita la condena en régimen de solidaridad para los administradores de Habanera, S.A.U., para Greed Group, y para Pufosa Asesores Financieros, S.L.P.

II.- El abono de OCHENTA MIL (80.000) euros al Señor Gekko, por la realización efectiva de una conducta de competencia desleal, consistente en la desviación de clientela de Newco, S.A.

III.- Por último, tal y como se manifestaba anteriormente, el abono íntegro de las costas procesales a la parte contraria.

OTROSÍ DIGO que, en virtud de los artículos 730, 727 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicito a este Juzgado que se adopte, como medida cautelar de carácter urgente, el embargo preventivo del Señor Gordon Gekko, inaudita parte, por un total de OCHENTA MIL (80.000) euros.

Se cumplen los requisitos del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dicha solicitud:

I.- Necesidad de la medida: Se exige en esta demanda el pago de una cantidad por parte del Señor Gekko a mi mandante. Acudiendo a los hechos del caso, podrá observarse que las relaciones entre la parte demandante y la parte demandada, han sufrido un claro desgaste, encontrándose rotas por completo. Tanto es así, que la reclamación de cantidad que en esta demanda se formula contra el Señor Gekko, se debe a posibles conductas de competencia desleal frente a Newco, S.A., sociedad que constituyeron ambas partes para cooperar en el mercado.

Por otro lado, hemos de recordar que, el Señor Gekko, era el presidente de Greed Group en el momento en el que se llevó a cabo la operación de la cual derivan las principales disputas por las que se demanda a la parte contraria, como es el falseamiento de las cuentas de Habanera, S.A.U.

Así pues, esta parte entiende que, con el objetivo fundamental de hacer posible que se cumpla con una eventual sentencia condenatoria en favor de mi mandante, y contra el Señor Gekko, resulta oportuna y necesaria la imposición de la medida cautelar solicitada.

II.- *Periculum in mora*: En el procedimiento que nos ocupa, consideramos que, de no adaptarse la medida que aquí se solicita, podemos encontrarnos con la imposibilidad de que se resulte efectiva la sentencia. Y es que, durante el tiempo que dura dicho procedimiento, podría suceder que, el Señor Gekko -de quien se solicita que se embargue la cantidad expuesta-, vaciara su patrimonio, con el fin de aparentar insolvencia y así no tener que hacer frente a la condena indemnizatoria.

Como argumento fundamental, destacamos el carácter internacional del Señor Gekko, lo que le permitiría efectuar rápidos movimientos de fondos personales a paraísos fiscales de elevada opacidad, lo que dificultaría el rastreo de dichos fondos. Teniendo en cuenta que esta es una demanda basada en el falseamiento de las cuentas de una sociedad, el movimiento de fondos que acabamos de exponer, es de la misma naturaleza financiera y contable.

En consecuencia, consideramos que existe riesgo cierto en caso de no adoptarse la medida cautelar solicitada a la mayor brevedad posible.

III.- *Fumus boni iuris*: Se aportan con esta demanda hasta ocho documentos distintos, los cuales acreditan la existencia de las relaciones jurídicas entre las partes en las que se basa esta demanda. En consecuencia, tal y como asegura el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la apariencia de buen derecho consistirá en que, sin sin prejuzgar el fondo del asunto, el órgano jurisdiccional sí considere oportuno adoptar la medida cautelar solicitada.

IV.- Caución: En virtud del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte demandante ofrece, entendiendo que es caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, la cantidad de tres mil (3.000) euros, quedando pendiente de la determinación por este Juzgado de caución distinta, atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que este realice.

V.- Costas: Se solicita a este Juzgado que imponga el pago de las costas a la parte contraria en caso de oponerse a la adopción de la medida cautelar solicitada.

Por todo lo anterior,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentada la solicitud de la medida cautelar expuesta, la misma sea adoptada, admitiendo igualmente la caución de mi mandante, e imponiendo el pago de las costas al demandado.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que, para el desarrollo de este procedimiento, interesa a esta parte valerse de los siguientes medios de prueba:

I.- DOCUMENTAL:

- DOCUMENTO N°1: Informe de revisión jurídica sobre Habanera, S.A.U., elaborado por el departamento legal interno de Greed Group, S.A.
- DOCUMENTO N°2: Informe de revisión financiera sobre Habanera, S.A.U., elaborado por Pufosa Asesores Financieros, S.L.P.
- DOCUMENTO N°3: Acuerdo de intenciones, firmado por el Señor Gekko y el Señor Fox.
- DOCUMENTO N°4: Informe del experto independiente sobre la valoración de Habanera, S.A.U.
- DOCUMENTO N°5: Contrato de constitución de la *Joint Venture*.
- DOCUMENTO N°6: Escritura pública de constitución de Newco, S.A.
- DOCUMENTO N°7: Informe de valoración contable y financiera sobre Habanera, S.A.U., elaborado por el departamento interno de contabilidad de Sigaa, BV.
- DOCUMENTO N°8: Escritura pública de aumento de capital llevado a cabo por Newco, S.A.

II.- INTERROGATORIO:

- Interrogatorio al Señor Gekko.
- Interrogatorio al auditor de Pufosa Asesores Financieros, S.L.P.
- Interrogatorio a los administradores de mi mandante, los señores Fox y Roist.
- Interrogatorio a Don Ramiro Pascual Nieto, responsable del departamento de contabilidad de Greed Group.
- Interrogatorio a Don Jacobo Corujo Jáuregui y Doña Lourdes Rodríguez de la Torre, como representantes de la clientela de Newco

SUPLICO AL JUZGADO tenga por hecha tal manifestación a los efectos oportunos, admita y declare pertinentes las pruebas que se proponen, y acuerde cuanto sea preciso para llevarlas a efecto.

Es Justicia que pido,

En Alicante, a 10 de enero de 2021.

Firma del Abogado

Firma del Procurador

PREVISIÓN DE CONTESTACIÓN DE LA PARTE CONTRARIA

Una vez hemos elaborado el escrito de demanda, tal y como lo presentaríamos en sede judicial, resulta procedente la realización del análisis de la contestación que formularía la parte demandada, con el objetivo de adelantarnos a sus refutaciones y preparar contraargumentos para la mismas. Así, si conseguimos desvirtuar sus alegaciones fundamentales, será más fácil la obtención de una sentencia favorable para los intereses de nuestro cliente. Para ello, nos basaremos en las posibles contestaciones a nuestros argumentos principales.

Asimismo, analizaremos la posibilidad de que la parte contraria interponga una demanda de reconvención -definida en el primer apartado del artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como la formulación de pretensiones que el demandado crea que le competen respecto del demandante-, en caso de que considere que cuenta con pretensiones para demandar a nuestro cliente.

En primer lugar, nuestra alegación fundamental a la hora de exigir responsabilidades, consiste en afirmar que **los administradores de Habanera**, dolosamente falsearon las cuentas anuales de las mismas, con la intención de inflar el precio pagado por sus acciones en el marco de la operación con nuestro cliente. En este sentido, nuestro principal argumento para poder sostener esta acusación, consiste en resaltar el hecho de que tanto el informe de auditoría como el del experto independiente, reflejan entre sí un resultado similar, bastante superior al resultado en la valoración del departamento de contabilidad de nuestro cliente.

Ante este hecho, la principal alegación de la parte contraria, consistirá en afirmar que ellos facilitaron toda la información que tanto la auditora como el experto independiente les requirieron, siendo estos los que actuaron negligentemente, y no al revés. Con respecto al informe interno de nuestro cliente, afirmarán que el mismo arroja un resultado sesgado e infravalorando la sociedad adquirida.

En este sentido, el principal fundamento para mantener la argumentación expuesta, consistirá en que la carga de la prueba le corresponde a nuestro cliente, por lo que, en caso

de no poder acreditar dicho falseamiento doloso del que se les acusa, la acción de responsabilidad por los daños ocasionado, no podría prosperar.

Por otro lado, otra posible contestación de la parte contraria ante nuestra acusación de falseamiento de la contabilidad de la sociedad adquirida, en esta ocasión **formulada por Greed Group**, podría consistir en afirmar que, nuestro cliente, se encuentra incumpliendo con la doctrina de los actos propios, pues en el momento de poner de manifiesto su disconformidad con el precio, no lo hizo, y de hecho manifestó su conformidad con el mismo.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, las cláusulas de manifestaciones y garantías, cumplen con la función de evitar que, precisamente este tipo de alegaciones, prosperen. Es decir, por mucho que la parte compradora otorgue su consentimiento para llevar a cabo la operación de adquisición por un precio determinado, lo hace solamente debido a que confía en que, lo que está adquiriendo es exactamente lo que se manifiesta en el contrato.

Precisamente, otra alegación de la parte contraria, estará directamente relacionada con la cláusula de manifestaciones y garantías firmada por las partes. Y es que, si atendemos a la literalidad de la misma, cuenta con un período de vigencia de doce meses desde el 20 de diciembre de 2019, y no de 24 meses -tal y como nuestro cliente pretendía durante las negociaciones-. En consecuencia, la parte contraria tratará de alegar que, en enero de 2021, nos encontramos fuera de plazo para exigir responsabilidad alguna por el incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías.

En segundo lugar, a la hora de exigir responsabilidades, nuestro cliente también las exigía a **la firma de auditoría**, por haberse comportado de manera negligente en la realización de sus obligaciones contractuales. Ante esta acusación, la principal argumentación de la auditora, por la cual tratará de eximir su responsabilidad, consistirá en afirmar que, si bien es cierto que los administradores proporcionaron toda la información requerida por ellos para abordar el procedimiento de auditoría, dicha información no se correspondía con la realidad de la empresa auditada.

En este sentido, su principal baza para la defensa, consistirá en hacer especial énfasis en la intencionalidad de engañar de los administradores de la sociedad vendida, pues son estos

quienes tenían un verdadero interés en que se sobrevalorara la sociedad adquirida, y no los auditores, que encima fueron contratados por la sociedad adquirente.

En definitiva, la diligencia de cualquier profesión, consiste en desarrollarla con la *lex artis* propia de cada una de ellas. Por tanto, si los administradores fueron suficientemente hábiles para causar el engaño, esto no significa de manera necesaria y directa que se debiera a una actuación negligente por parte de los administradores. En este sentido, consideramos que la estrategia más conveniente para la firma de auditoría, consistirá en trasladar la responsabilidad a los administradores de la sociedad adquirida y, en caso de no poder hacerlo, al menos conseguir que se determine la concurrencia de culpas de ambos.

Por último, en lo que se refiere a la **acción por competencia desleal**, por la que se acusa al Señor Gekko de desviar clientes de la Newco con la intención de lucrarse por ello, la defensa fundamental del acusado, consistirá en negar tales acusaciones basándose en la falta de pruebas aportadas por nuestra parte. Y es que, la desviación de clientes por parte del Señor Gekko, no es más que una mera sospecha de nuestro cliente.

Para evitar que esta alegación prospere, nuestra principal esperanza consistirá en que el interrogatorio de testigos, que incluía como declarantes a los clientes sobre los que se sospecha que el Señor Gekko hubiera podido llevar a cabo su captación, declarasen en tal sentido ante el juez. Tal y como exponíamos cuando enumerábamos los medios de prueba que íbamos a proponer, una declaración en este sentido acreditaría la desviación de la que se le acusa, lo que nos resulta claramente favorable.

Por otro lado, tal y como sugeríamos cuando solicitábamos como prueba la aportación del contrato por el cual se constituiría posteriormente Newco, una de las cláusulas más relevantes del mismo, sería la cláusula de no competencia. Y es que, en caso de que el contrato en cuestión contenga dicha cláusula, quedaría acreditado en sede judicial que la parte contraria se comprometió a no llevar a cabo ninguna actividad económica que supusiera una competencia contra la actividad de Newco, y menos aún durante la existencia de la misma.

En último lugar, queda analizar la posibilidad de que, la parte contraria, plantee **reconvención** tras la recepción de nuestra demanda. En este sentido, tendremos que volver

a recorrer las tres acciones principales, con sus respectivos sujetos demandados, para llegar poder intuir mejor si la parte contraria podría llevar a cabo dicho proceso.

Así, en primer lugar, con respecto a la acción de responsabilidad de los administradores por el falseamiento de las cuentas de Habanera, no solamente hemos abordado en este informe los argumentos con los que la parte contraria contestaría a los nuestros, sino que también hemos analizado argumentos propios que la parte contraria podría esgrimir en caso de demandarnos.

Por tanto, con respecto a los administradores y su responsabilidad, la conclusión es clara, consistente en que sí podrían plantear demanda de reconvención, de tal forma que no tuvieran que comenzar ellos su propio procedimiento, sino que lo harían en el mismo procedimiento iniciado por nuestro cliente.

Por otro lado, con respecto a la responsabilidad de la sociedad de auditoría, y con respecto al Señor Gekko por la desviación de competencia, consideramos que las partes se dedicarán simplemente a defenderse de nuestras acusaciones de la mejor manera que puedan. Sin embargo, no encontramos razones ni pretensiones suficientes para que puedan plantear reconvención contra nuestro cliente.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrientos, J.M. *Práctico Procesal Penal*. Jurisdicción y Competencia. Competencia territorial penal. Obtenida el 15/10/2020 de <https://practico-penal.es/vid/competencia-territorial-penal->
- Carreño Mendoza, S *Acuerdos de intenciones, negociación y gestión de la incertidumbre en la adquisición de empresas*. Obtenido el 12/10/2020 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=256924>
- Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.
- Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Pinedo y de Noriega, J.M. (2017). *LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA*. Obtenido el 19/10/2020 de

<https://auren.com/es/blog/las-manifestaciones-y-garantias-en-el-contrato-de-compraventa-de-empresa/>

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 22631/2012, del 21 de diciembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo N° 3626/1998 de 3 de junio de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo 395/2000, 11 de abril de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo 727/2003, de 14 de julio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo n° 553/2005, de 07 de julio de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo N° 260/2012, de 30 de abril de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo N° 828/2012, de 16 de enero de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 211/2014, 18 de marzo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3087/2018, de 11 de septiembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 706/2020, 23 de julio de 2020