



FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**  
**MÁSTER DE DERECHO DE EMPRESA**

**Autor:** Antonio García-Loarte Gómez

**Tutor:** Abel Veiga Copo

Madrid, enero de 2021

## ÍNDICE

<b>1. INFORME ELABORADO A INSTANCIAS DE LA ENTIDAD MERCANTIL SIGAAR, BV A LOS EFECTOS DE INICIAR LAS ACCIONES JUDICIALES DERIVADAS DE LA ADQUISICIÓN DE UNA PARTICIPACIÓN MAYORITARIA EN HABANERA S.A.U.</b> .....	2
1.1. Consideraciones generales previas .....	2
1.2. Valoración de la mercantil Habanera S.A.U. ....	3
1.3. Responsabilidad de los administradores por la manipulación de la contabilidad de Habanera .....	5
1.4. La responsabilidad civil de la firma de auditoria Pufosa en el ejercicio de su profesión .....	7
1.5. Proceso de Compraventa .....	12
1.5.1. Acuerdo de intenciones .....	13
1.5.2. Manifestaciones y Garantías “Reps and Warranties” .....	14
1.6. Actuación de competencia desleal del Sr. Gekko al montar un negocio paralelo y desviar la clientela. ....	20
1.7. Cuestiones procesales a considerar para iniciar las acciones judiciales .....	22
1.8. Proposición y medios de prueba .....	26
1.9. Acciones ejercitadas en la demanda .....	29
1.10. Conclusiones.....	29
<b>2. DEMANDA</b> .....	30
<b>3. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA POSIBLE DEMANDA DE CONTRARIO, CONTESTACIÓN DE CONTRARIO Y POSIBLE RECONVENCIÓN</b> .....	44
3.1. Mancomunidad y solidaridad de los administradores .....	44
3.2. Opresión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente .....	44
3.3. Posibles medidas cautelares solicitadas de contrario .....	46
3.4. Valor probatorio del informe elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar .....	47
3.5. Responsabilidad de los administradores de Greed Group/Habanera.....	49
3.6. Cláusula de Manifestaciones y garantías .....	51
3.7. Doctrina de los actos propios.....	51
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	53

# 1. INFORME ELABORADO A INSTANCIAS DE LA ENTIDAD MERCANTIL SIGAAR, BV A LOS EFECTOS DE INICIAR LAS ACCIONES JUDICIALES DERIVADAS DE LA ADQUISICIÓN DE UNA PARTICIPACIÓN MAYORITARIA EN HABANERA S.A.U.

## 1.1. Consideraciones generales previas

**Greed Group, S.A.** (en adelante “Greed Group”) es la sociedad matriz de un importante grupo empresarial que cuenta con filiales en distintos países. Esta dirigida por un Consejo de Administración cuya presidencia ostenta el **Sr. Gordon Gekko** (en adelante “Sr. Gekko”)

Greed Group, debido a dificultades de liquidez se ve en la necesidad de buscar potenciales inversores que se incorporen al accionariado de las distintas filiales del grupo empresarial.

Entre las filiales se encuentra la entidad mercantil **Habanera, S.A.U.** (en adelante “Habanera”) sociedad española dedicada a la importación de cigarrillos cubanos.

**Sigaar, B.V.** (en adelante “Sigaar”) sociedad mercantil holandesa dedicada a la fabricación de cigarrillos tiene la intención de ampliar su red comercial. Tiene encomendada su administración a dos administradores mancomunados, el **Sr. Bud Fox** y el Sr. **Glauser Roist**.

Teniendo en cuenta que Greed Group está buscando potenciales inversores y Sigaar tiene la intención de expandir su negocio los representantes de ambas sociedades se reúnen en septiembre de 2019 para negociar la adquisición de una participación mayoritaria de Habanera por parte de Sigaar.

En la reunión creen que lo mas conveniente para llevar a cabo la operación es la **constitución de una Joint Venture a través de la creación de una sociedad de nueva constitución** (en adelante “Newco”) que fuese propietaria del 100% del accionariado de Habanera.

Con el fin de agilizar la compraventa de las acciones **Greed Group entrega a Sigaar un informe de revisión jurídica “Vendors Due Diligence”** realizado por los abogados internos de la entidad vendedora.

Además, **se pone a disposición de Sigaar otro informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoria** de reconocido prestigio, que había sido elegida por la propia compañía compradora, **Pufosa Asesores Financieros** (en adelante “Pufosa”)

En el referido informe se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019, además de llevar a cabo la previsión de los resultados al cierre del ejercicio del mismo año.

Teniendo en cuenta toda la documentación facilitada por Greed Group y el analisis llevado a cabo por Pufosa, Sigaar para establecer el precio de la transmisión de las acciones de Habanera **ofreció un importe equivalente a ocho veces el EBITDA** de la misma para el ejercicio de 2019, el cual ascendía a la cantidad de **972.222,00 euros**.

Como consecuencia de todo lo indicado anteriormente **las partes firmaron un acuerdo de intenciones en noviembre de 2019**, en el que se describían los términos esenciales de la

operación, en el que se incluía la fórmula de determinación de del valor de las acciones, así como el **periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con un plazo de dos años.**

Por tanto, se estableció que en una **primera fase Sigaar adquiriría el 75% de Habanera** en el precio fijado por el informe de valoración realizado por Pufosa. **Posteriormente Greed Group y Sigaar constituirían la entidad mercantil Newco**, aportando entre ambas el 100% de Habanera, suscribiendo **Sigaar un 75% y Greed Group un 25%**. El preceptivo **informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por un experto independiente resultó similar al realizado por Pufosa.**

**El 20 de diciembre de 2019**, Greed Group y Sigaar procedieron los contratos de la operación, formalizados aquel día entre el Sr. Gekko y el Sr. Bud Fox, y elevados a público ante notario, **contenían declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.**

Finalmente, **Newco quedó configurada como una sociedad anónima** con domicilio social en Barcelona. Se designó como **administrador único al Sr. Bud Fox**, dejando al **Sr. Gekko la gestión diaria** de la empresa teniendo en cuenta su reputación en el mercado caribeño y español.

Meses mas tarde, en **marzo de 2020** se mantuvo una reunión entre los representantes de Greed Group y Sigaar. En la reunión el Sr. Bud Fox expuso un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar en el que se calculaba un **EBITDA corregido** para dicho ejercicio de **771.460,00 euros**. Teniendo en cuenta los nuevos datos reflejados por Sigaar, se **solicitó un ajuste del precio de la compraventa** de las participaciones de Habanera, debido a las irregularidades contables cometidas por Habanera para falsear su EBITDA.

Tras un intercambio de emails entre los representantes de ambas sociedades, en abril de 2020 se celebró la junta general extraordinaria de Newco, donde se amplió el capital de la sociedad por compensación de un crédito de Sigaar y se destituyó como administrador único al Sr. Bud Fox, siendo sustituido este por el Sr. Glauser Roist. A resultas de la ampliación de capital, Sigaar controla un 95% del capital social de Newco.

Finalmente, la situación generada por Greed Group además de otros factores, están provocando una **desastrosa gestión diaria de la Joint Venture**, viendo que el **Sr. Gekko no está obrando diligentemente**, a Sigaar no le queda otra solución que despojarle de todas sus funciones, además de tener la sospecha de que el propio **Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando la clientela.**

Teniendo en cuenta estos hechos, como asesores de la mercantil Sigaar, procederemos a desgranar los acontecimientos comentados con el fin de iniciar las acciones legales oportunas en defensa de sus intereses.

## **1.2. Valoración de la mercantil Habanera S.A.U.**

En primer lugar, con la intención de que Sigaar pudiese presentar una oferta económica por las acciones de Habanera, Greed Group puso a disposición de Sigaar un informe de revisión jurídica, también denominado *“Vendors Due Diligence”*.

Si nos detenemos a pensar porque Greed Group entregó una *Vendors Due Digence*, tenemos que considerar que este hecho reporta una serie de beneficios para el vendedor, teniendo en cuenta que tiene el objetivo de identificar las áreas en las que el comprador debe dirigir su propio análisis de revisión financiera.

Además, teniendo en consideración la información facilitada por Greed Group, se presentó otro informe de revisión financiera realizado por la firma de auditoría Pufosa, a petición de Sigaar.

Una vez analizados los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y detallado la posible previsión de los resultados al cierre del ejercicio de ese año, Sigaar propuso una oferta a Greed Group por el pago de las acciones Habanera.

La mercantil Sigaar propuso que para la valoración de acciones de Habanera se tomara como referencia un importe equivalente a ocho veces el EBITDA de la compañía vendedora. Teniendo en cuenta que el resultado de multiplicar el EBITDA (972.222,00) por ocho es la cantidad que ofreció Sigaar en pago de las acciones, lo que arroja un precio de 7.777.776,00 euros.

En este caso, Sigaar considera que el EBITDA es una fórmula precisa para evaluar el rendimiento económico y la valoración radica en la facultad de comparar sociedades mercantiles con legislaciones contables particulares, sistemas impositivos y correcciones de valor<sup>1</sup>.

Además, el EBITDA, en este caso, otorga información acerca de la rentabilidad de las actividades realizadas por la mercantil Habanera, pudiendo mediante este método evaluar la solvencia de la misma.

Finalmente, en consecuencia del resultado similar que arrojaron los informes financieros correspondientes realizados por Greed Group, la auditoría Pufosa y el informe del experto independiente de las aportaciones no dinerarias (acciones) de Habanera recientemente adquiridas por Sigaar, las operaciones de la compraventa de dichas participaciones y la constitución de la Newco salieron adelante, para comenzar cuanto antes el negocio conjunto.

En virtud de los hechos acaecidos aparentemente no existieron irregularidades a la hora de valorar la entidad mercantil Habanera, sin embargo, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas por Habanera con la única intención de incrementar su EBITDA, de tal forma que Sigaar al emplearse como fórmula de valoración de las acciones un importe equivalente a ocho veces el EBITDA tuviese que pagar una mayor suma de dinero por el precio de dichas acciones.

Esto quedó demostrado detalladamente en el informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, en el que se calculó un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 euros, por lo que si tenemos en cuenta que el pago de las acciones de Habanera se estableció en multiplicar el EBITDA de dicha compañía por ocho, el pago que debió realizar Sigaar

---

<sup>1</sup> Abad Navarro, M.C. (2017). El uso del EBITDA y sus limitaciones: reflexiones sobre la Opinión Emitida 4/2016 de la Comisión de Principios y normas de Contabilidad de AECA. AECA. Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 118, 3-6.

debió ser de 6.171.680,00 euros, esto supone que se vio incrementado en 1.606.096,00 euros el precio de las acciones de Habanera que abonó Sigaar.

Llegando a este punto, viendo que los representantes de Greed Group se negaron a realizar un ajuste en el precio de la compraventa, no nos deja otra posibilidad que iniciar acciones judiciales por la manipulación de contabilidad de Habanera para aumentar el EBITDA de la compañía y como consecuencia el precio de las acciones transmitidas a Sigaar.

No obstante, no debemos dejar de lado la responsabilidad del auditor, puesto que Pufosa debió de advertir a Sigaar de las determinadas irregularidades cometidas por Habanera con la única intención de incrementar el EBITDA de la compañía.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, analizaremos a continuación la responsabilidad de los administradores de Habanera por el supuesto falseamiento de la contabilidad y la posible responsabilidad de Pufosa como firma de auditoría por el daño ocasionado a Sigaar por una incorrecta ejecución de su trabajo como profesional.

### **1.3. Responsabilidad de los administradores por la manipulación de la contabilidad de Habanera**

Como hemos venido indicando, uno de las formulas mas utilizadas para valorar el negocio de las entidades mercantiles acostumbra a ser los múltiplos comparables, en nuestro caso, particularmente se emplea el múltiplo del EBITDA, lo que añade además un valor de referencia del negocio, haciendo una comparación entre las sociedades con características similares.

Si bien es cierto que existen otras formas para realizar la valoración de empresas, en cualquiera de los métodos que se emplee, todo depende de la información facilitada por los administradores, en este caso de Habanera, de quien sospechamos que ha cometido irregularidades en sus estados contables para incrementar el indicador EBITDA.

A mayor abundamiento, Greed Group pone a disposición de Sigaar un informe de revisión jurídica "*Vendors Due Diligence*" asumiendo la responsabilidad al proporcionar dicha información, no debiendo ocultar o falsear la información de la entidad mercantil Habanera puesto que una información errónea o falseada provocaría un vicio en el consentimiento por error en la compraventa de las acciones de Habanera o la existencia de vicios ocultos. Debemos advertir que la *Due Diligence* no limita de ninguna manera la responsabilidad del vendedor.

Tenemos en cuenta que previamente a la adquisición de Habanera, la matriz del grupo buscaba potenciales inversores para sus filiales y además presentaba dificultades de liquidez, lo que puede llegar a ser contradictorio con la presentación de un EBITDA tan elevado, siendo este un indicador de la intención que tenía Greed Group de vender la mayoría de las acciones a un tercero inversor, como es Sigaar.

Es tan buen indicador el EBITDA debido a que nos informa de la ganancia bruta generada por la actividad operativa (ordinaria) de la empresa, además, el hecho de no tener en cuenta las

amortizaciones (depreciaciones) le otorga un valor singular pues en algunas ocasiones dichas depreciaciones pueden desvirtuar el modelo.<sup>2</sup>

De modo que Habanera para incrementar el EBITDA del ejercicio de 2019 pudo cometer ciertas irregularidades en su contabilidad como pueden ser el **aumento de la valoración de las existencias, ocultación de diversos gastos o bien haber realizado un posible aumento ficticio de los ingresos.**

Igualmente debemos tener en cuenta que el EBITDA fue calculado en octubre de 2019 detallándose una previsión de resultados para el cierre del ejercicio de 2019, teniendo dicha previsión de un margen de error muy limitado al ser únicamente de dos meses, no pudiendo tener una diferencia el referido EBITDA de 200.762,00 euros, lo que nos hace considerar que las cuentas presentaban irregularidades.

Además, esto sucede igualmente para el caso del informe de revisión financiera realizado por la firma de auditoría Pufosa en la misma fecha, pudiendo ser esta responsable si no hubiese realizado su trabajo desempeñando su función de manera diligente, es decir, de acuerdo con las normas técnicas de auditoría del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)

Más adelante, con fecha de 20 de diciembre de 2019, un experto independiente designado por el Registro Mercantil para cuantificar las aportaciones no dinerarias aportadas por Sigaar a la Newco, en virtud de lo expuesto en el artículo 67 LSC, arrojó un resultado similar al contenido en el informe realizado por la firma de auditoría Pufosa.

Como vemos, estos informes coinciden en una cuestión fundamental, todos ellos se basan en una estimación del resultado del cierre del ejercicio de 2019, mientras que el informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar no es una previsión, si no que es el resultado definitivo del ejercicio de 2019.

A la vista de los hechos expuestos, podemos determinar **que el administrador en el ejercicio de sus funciones ha tenido una conducta al menos no diligente** e incluso antijurídica al presentar unas cuentas que no reflejan la imagen fiel con la única pretensión de incrementar el EBITDA para conseguir un mayor precio por las acciones de Habanera, y como consecuencia obtener una mayor financiación para paliar los problemas de escasa liquidez por los que atravesaba Greed Group.<sup>3</sup>

Las irregularidades cometidas por Greed Group al haber incrementado el EBITDA constituyen una conducta negligente, existiendo por tanto una **acción individual de responsabilidad del administrador**, de acuerdo con lo establecido en el **artículo 241 LSC.**

*“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”*

---

<sup>2</sup> 1&1 IONOS España S.L.U. (2020, 10 diciembre). Ebitda. IONOS.

<sup>3</sup> La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia. (2018, 17 mayo). El Derecho.

Debemos tener en cuenta que efectivamente el comportamiento de los administradores ha sido en el ejercicio de sus funciones, no habiendo tenido la diligencia de un ordenado empresario y representante leal al haber falseado la información facilitada para incrementar el EBITDA de la compañía.

Igualmente, dicho comportamiento debe haber producido un daño, en este caso, es muy sencillo identificar este daño, siendo el mismo el incremento de 1.606.096,00 euros en el pago del precio de las acciones de Habanera como consecuencia de las irregularidades cometidas por los administradores en los estados contables de la compañía.

Además, el referido daño no tiene la necesidad de haber lesionado los intereses de la sociedad, siendo únicamente necesario que fuese un perjuicio directo contra el tercero contratante, en nuestro caso Sigaar.

Por todo ello, podemos considerar que la manipulación de la contabilidad realizada por los administradores de la compañía es mas que suficiente para justificar una acción individual de responsabilidad de los administradores, siendo esta una primera posible estrategia para fundamentar la demanda.

Dejando a un lado la falta de diligencia cometida por los administradores, debemos tener en cuenta igualmente la responsabilidad de la firma de auditoria Pufosa, obligando a la misma a que justifique que realizó el informe de revisión financiera de una manera diligente de acuerdo a las normas técnicas del ICAC.

Por ello, viendo que la firma de auditoria puede llegar a ser responsable por no advertir las irregularidades contables con anterioridad a la compraventa, tenemos la obligación de estudiar las posibles responsabilidades de la firma de auditoria.

#### **1.4. La responsabilidad civil de la firma de auditoria Pufosa en el ejercicio de su profesión**

Como hemos venido indicando, además del informe del informe de revisión jurídica presentado por los abogados de Greed Group, se puso a disposición de Sigaar un informe de revisión financiera realizado por la firma de auditoria de reconocido prestigio Pufosa Asesores Financieros.

En el referido informe, se analizaron lo estados contables y los principales ratios económicos y financieros de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se realizó una previsión de los resultados al cierre del presente ejercicio.

En el informe de revisión financiera llevado a cabo por Pufosa no presenta salvedades, y se estima un EBITDA de 972.222,00 euros.

En marzo de 2019 se descubren determinadas irregularidades contables cometidas por Habanera, resultando de un informe realizado por el departamento de contabilidad un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460,00 euros.

Llegados a este punto, y de cara a una posible negligencia de la firma de auditoría por no haber advertido a Sigaar de ciertas irregularidades contables cometidas por Habanera para incrementar el EBITDA, debemos al menos cuestionar el trabajo profesional de Pufosa, siendo los auditores posibles responsables por el daño ocasionado a Sigaar.

Por ello, a continuación, realizaremos un estudio de la responsabilidad civil de la firma de auditoría, con el fin de seguir una estrategia para iniciar acciones judiciales contra ella.

Los auditores en el ejercicio de su profesión tienen la responsabilidad de realizar su trabajo con la diligencia exigida, debiendo responsabilizarse de los perjuicios económicos que por negligencia hayan causado, en nuestro caso dicho perjuicio se debe a no haber detectado las irregularidades contables cometidas por Habanera que como consecuencia han aumentado el EBITDA.

Además, todo ello tiene su fundamentación en la **propia Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas**, (en adelante "LAC") concretamente en su **artículo 26**, que dice:

***"1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo.***

***2. La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero.***

*A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión.*

*La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.*

***3. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría.***

***4. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría".***

En nuestro caso concreto, nos encuadramos en **la responsabilidad civil contractual del auditor**, puesto que fue Sigaar quien contrato los servicios de Pufosa para realizar el informe de revisión financiera, por tanto, su responsabilidad gira en torno a los deberes legales asumidos por la firma de auditoría mediante el contrato firmado entre ambos.

Debemos tener en cuenta lo expuesto en el apartado segundo del referido artículo, donde se limita la responsabilidad del auditor, dado que el mismo no será responsable de todos los daños y perjuicios causados cuando para la consecución de este daño hayan intervenido otros factores como es la actuación negligente del administrador de Greed Group.

Si bien es cierto que el informe de revisión financiera realizado por Pufosa es la principal motivación de Sigaar para tomar la decisión de formalizar el contrato de las operaciones no podemos culpabilizar de todos los años y perjuicios a la firma de auditoría, puesto que el daño producido se originó por la conducta negligente del administrador.

Para considerar que existe responsabilidad civil, de acuerdo con lo establecido en ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se deben cumplir una serie de condiciones, concretamente deben concurrir los siguientes actos<sup>4</sup>:

- Debe apreciarse una actuación negligente por parte del auditor en el trabajo desempeñado, apreciándose una conducta dolosa o culposa.
- Se ha llevado a cabo una actuación contraria a la *“lex artis ad hoc”* siendo dicho comportamiento una conducta negligente.
- Como consecuencia de dichas actuaciones se ha producido daños o perjuicios a la sociedad auditada.
- Finalmente, que exista un nexo causal entre los daños y perjuicios causados en la sociedad auditada y el comportamiento inadecuado del auditor.

Por ello, advertimos que los auditores no saldrán impunes de algunos errores que cometan, debiendo estos realizar sus funciones de acuerdo con las normas de ejecución del contrato y de su profesión, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008, dice lo siguiente<sup>5</sup>:

*“Es la propia Ley de Auditoría la que determina la forma en que los auditores han de ejercer su función de modo que su incumplimiento se erige por sí en fuente de responsabilidad profesional pues supone la falta de diligencia que le resulte exigible más allá de la normal que se requiere del deudor común según el art. 1104 del Código Civil”.*

En nuestro caso, debemos estudiar si se han podido dar cada una de estas circunstancias, teniendo en cuenta si el informe de revisión financiera realizado por Pufosa se ha realizado de acuerdo con lo establecido en las normas técnicas del ICAC.

---

<sup>4</sup> Báscones Ramos, J. M. (2010). La responsabilidad civil de los auditores | Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos. ASOCEX.

<sup>5</sup> De Miquel Berenguer, J. (2014, 9 enero). Responsabilidad civil de los auditores. Luces y sombras - Auditoría & Co., El portal de la auditoría.

Como consecuencia de la posible actuación negligente de Pufosa no se detectaron las irregularidades contables que presentaba Habanera, siendo responsable la firma de auditoría de los daños y perjuicios causados en el cálculo del EBITDA de Habanera.

Por ello, aunque si bien es cierto que no creemos que exista una conducta dolosa por parte de Pufosa, si que se puede haber concurrido un comportamiento culposo por su parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.104 del Código Civil (en adelante “CC”) que dice:

*“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*

Existiendo en este caso, una omisión de la conducta debida por parte de Pufosa, cuya finalidad era haber previsto las irregularidades en la contabilidad de Habanera y así, evitar los daños y perjuicios causados.

A mayor abundamiento, podemos decir que efectivamente se produce una culpa consciente, puesto que Pufosa como firma de auditoría de prestigio conocía la posibilidad de que se pudiese causar un daño al no haber realizado un informe de revisión financiera exhaustivo en el que se hubieran advertido las irregularidades en la contabilidad de Habanera, sin embargo, estimó que en esas circunstancias no ocurriría.

En este sentido, como hemos venido advirtiendo con anterioridad, de acuerdo con lo expuesto en la Ley y la jurisprudencia, la firma de auditoría no debe responder de todos los daños y perjuicios causados, siendo el principal responsable de este año la administración de Sigaar por el supuesto falseamiento de las cuentas.

Por ello, para cuantificar el daño producido por el informe de revisión financiera realizado por Pufosa, debemos tener en cuenta todas las causas que han generado dicho daño, siendo necesario demandar de manera proporcional a la firma de auditoría por no haber evitado el daño producido por su trabajo negligente y a los administradores de Greed Group por las irregularidades contables cometidas.

En ningún caso deberíamos demandar únicamente a la firma de auditoría, puesto que esto incurriría en una posible causa de falta de litisconsorcio pasivo necesario, dado que la culpa es de los administradores y los auditores, tal y como se establece en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Igualmente, en la Sentencia 737/2014 del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, donde se establece la responsabilidad de los administradores y auditores, y se tiene en cuenta la distribución de manera equitativa de la responsabilidad de los distintos actores que generaron el daño<sup>6</sup>. De modo que habría que establecer en que proporción es culpable la firma de auditoría de no haber advertido las irregularidades contables de la entidad Habanera, es decir, haber actuado de forma negligente, pudiendo ser responsable por los daños y perjuicios causados a Sigaar. En este sentido, de ningún modo la actuación negligente de Pufosa acarrearía en ellos

---

<sup>6</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J. (2015, 19 mayo). STS: ajustes contables y responsabilidad de administradores y auditores. Juan Sánchez-Calero Guilarte.

una responsabilidad de la totalidad de los daños, siendo igualmente responsables los administradores de Greed Group y Habanera por haberles facilitado una información errónea o manipulado los estados contables minuciosamente para que no fueran detectables por la firma de auditoría.

Finalmente, esto también queda también reflejado en la reciente Sentencia 444/2016 del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 2016, en donde además de establecerse el régimen de responsabilidad del auditor, podemos extractar<sup>7</sup>:

*“Como existe concurrencia de causas, al auditor debe imputársele no la totalidad, sino un 50% del daño, proporción en la que estimamos la incidencia de su conducta en la acusación del daño”.*

Por todo ello, en nuestro caso podríamos establecer la responsabilidad por los daños y perjuicios causados de forma proporcional a los administradores de Greed Group por el supuesto falseamiento de la contabilidad y la firma de auditoría Pufosa por no haber advertido las irregularidades contables, habiendo realizado su trabajo de forma negligente.

Sin embargo, no debemos olvidar que la obligación de los auditores es de medios y no de resultados, teniendo que realizar la revisión y verificación de la contabilidad de acuerdo con las normas técnicas de auditoría, no siendo responsables los auditores en el caso de haber realizado su trabajo de una manera diligente.

Así, tendremos en cuenta que la obligación de la firma auditoría no es percatarse de todas las irregularidades que pretendan cometer o hayan cometido los administradores de la sociedad, sino únicamente de aquellos en los que habiendo aplicado correctamente las normas técnicas de auditoría en el desarrollo de su actividad profesional debieron de haber advertido.

Hemos de tener en cuenta que la misión principal de la auditoría es advertir sobre las posibles irregularidades contables a través de la realización de una labor técnica adecuada de comprobación sobre los datos que le han sido proporcionados por la empresa y que deben responder a la imagen fiel de la misma, por tanto, la firma de auditoría no tiene la finalidad de destapar todas y cada una de las actuaciones fraudulentas que puede haber cometido la entidad analizada a través de sus órganos de administración. La corriente del Tribunal Supremo a través de diversas sentencias viene considerando que los auditores *“no son garantes de la transparencia de la información económica financiera de la entidad objeto de su trabajo”*

Con relación a la limitación de la responsabilidad del auditor la Sentencia del Tribunal Supremo 798/2008 de 9 de octubre, determina que *“la obligación del auditor no alcanza a detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores sino solo aquellos que una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto”*<sup>8</sup>

Por todo ello, debemos tener en cuenta estas circunstancias, puesto que posiblemente la firma de auditoría actuó diligentemente, sin embargo, las irregularidades cometidas por Habanera para falsear el EBITDA eran tan minuciosas que resultaron indetectables en el informe de

---

<sup>7</sup> Águila-Real, J. A. (2016, 20 julio). Responsabilidad contractual del auditor. Derecho Mercantil.

<sup>8</sup> Villarreal, A. M. (2010). La responsabilidad civil del auditor. Dialnet.

revisión financiera de Pufosa, ni tan siquiera en el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por el experto independiente, que arrojó un resultado similar al contenido en el informe realizado por la firma de auditoría.

En este sentido, advertimos nuevamente que el informe realizado por Pufosa se realizó a fecha de 31 de octubre de 2019, teniendo en cuenta que en ese momento aun no estaba cerrado el ejercicio de 2019, pudiendo para entonces haber falseado la contabilidad la administración de Habanera, o bien haber facilitado una información errónea a los auditores aprovechando que no estaba cerrada la contabilidad del año.

En virtud de lo cual, la diferencia en la valoración del EBITDA detectada por el departamento de contabilidad de Sigaar viene como consecuencia de que en marzo el ejercicio de 2019 está cerrado, reflejándose las magnitudes contables reales a 31 de diciembre de 2019, con el correspondiente recuento de existencias.

Si bien es cierto que en la reunión del 10 de marzo aun no se ha formulado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio del 2019, puesto que normalmente esto tiene lugar el día 31 de mismo mes, (sin tener en cuenta las medidas urgentes tomadas por el gobierno debido a la crisis del Covid-19) evidenciándose en ese momento el EBITDA real de la sociedad Habanera.

Todas estas circunstancias y argumentos que hemos venido exponiendo y analizando nos llevan a poder concluir que la firma de auditoría ha desarrollado su trabajo ajustándose a normas técnicas de auditoría del ICAC, sin incurrir por tanto en ninguna actuación que pueda dar lugar a responder por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de una actuación profesional en el trabajo encomendado.

Esta consideración se evidencia con el resultado emitido por el experto independiente, al coincidir en la valoración de las aportaciones no dinerarias. Otra circunstancia que debemos tener en cuenta y que igualmente sirve para acreditar la no responsabilidad de la firma de auditoría, es que el ejercicio analizado no estaba cerrado puesto que el trabajo se llevó a cabo antes de la fecha de cierre del mismo, por tanto, esta situación ha impedido a la firma auditora realizar su trabajo como auditoría completa al tener que basar el resultado en determinadas previsiones inconcretas al no estar finalizado el ejercicio y que posteriormente se ha podido comprobar que no respondían a la realidad.

### **1.5. Proceso de Compraventa**

Habiendo dejado constancia de las irregularidades contables cometidas por Habanera para incrementar el EBITDA, con la finalidad de iniciar acciones judiciales para reclamar los daños producidos por dicho supuesto falseamiento de contabilidad al valorar Habanera, debemos tener en cuenta **dos momentos esenciales en la fase precontractual y contractual del proceso de compraventa**, estos son el **acuerdo de intenciones** y la **cláusula de manifestaciones y garantías**. A continuación, realizaremos un estudio de ambos:

### 1.5.1. Acuerdo de intenciones

Con fecha de 15 de noviembre de 2019 las partes firmaron un **acuerdo de intenciones** en el que se describían los términos esenciales de la operación que se llevó a cabo, incluyéndose la fórmula de determinación del valor de las acciones, que como hemos venido indicando consistió en el importe equivalente a ocho veces el EBITDA, y además se incluyó en dicho acuerdo de intenciones un periodo de validez para las futuras manifestaciones y garantías que se incorporaron en el contrato de compraventa, todo ello con una vigencia de dos años.

Los actos realizados por las partes contratantes durante la fase precontractual pueden llegar a ser muy relevantes si se dan situaciones de disputa.

Dichos actos precontractuales nos serán de gran ayuda para comprender lo que verdaderamente pretenden firmar las partes.

Por tanto, a pesar de que, como hemos dicho, estos hechos son de ámbito precontractual, tienen la capacidad de producir efectos jurídicos, todo ello en virtud de que los contratos se perfeccionan con el consentimiento, objeto y causa.

El acuerdo o carta de intenciones, se emplea en operaciones mercantiles, fundamentalmente en adquisiciones o enajenaciones de acciones como sucede en el caso que nos ocupa.

El acuerdo de intenciones suele otorgarse con anterioridad a la formalización de la operación que se vaya a llevar a cabo, siendo su objetivo principal constatar la voluntad de las partes contratantes que van a suscribir un contrato de compraventa, incluyendo en ella las declaraciones y condiciones en las que se va a desarrollar la futura operación. Teniendo por ello, una gran importancia al contener dicho acuerdo los principales ejes y parámetros para que se pueda formalizar definitivamente el negocio jurídico.<sup>9</sup>

Actualmente, no está regulado en nuestra legislación, situación que da a las partes una gran autonomía en el desarrollo de las cláusulas a incluir en este documento.

Las estipulaciones más importantes que debe contener el referido acuerdo de intenciones son el precio, forma de pago, forma y plazos en los que se debe realizar la operación, así como otras condiciones de menor importancia conteniendo algunas obligaciones para las partes contratantes. Sin olvidar la inclusión en el mismo de anexos de relevancia para la operación como pudieran ser tasaciones vinculantes, informes financiero o informes de auditoría.

En nuestro caso concreto, el acuerdo de intenciones contiene los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses, aspectos que como podemos apreciar son de gran relevancia y su incumplimiento puede dar lugar reclamación por los daños y perjuicios causados.

Con independencia del carácter no vinculante de este documento, debemos tener muy en cuenta que es un verdadero compromiso entre las partes contratantes, otorgando una gran

---

<sup>9</sup> Mesa, J. M. (s. f.). La carta de intenciones en las fusiones y adquisiciones. Mariscal Abogados.

seguridad jurídica a las mismas, evitando posibles situaciones de conflicto, al regular unas obligaciones y promesas concretas del futuro negocio jurídico.

En este sentido, hemos de tener en cuenta que la jurisprudencia reciente y la doctrina otorgan efectos jurídicos a este tipo de acuerdos, precisando que se constituyen como verdaderas obligaciones entre las partes contratantes.

Por todo ello, el incumplimiento del incumplimiento de los compromisos establecidos en el acuerdo de intenciones entre Sigaar y Greed Group pueden dar lugar a una responsabilidad *in contraendo* imputable a la parte incumplidora de las referidas obligaciones, que a su vez generan unos daños y perjuicios a la otra la otra parte.

### **1.5.2. Manifestaciones y Garantías “Reps and Warranties”**

En este apartado analizaremos con detalle el hecho que concierne a la firma del contrato de la operación, donde se contenían declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, y como consecuencia del incumplimiento de dicha cláusula se ha generado una responsabilidad en la parte vendedora, como detallamos a continuación.

Las cláusulas de manifestaciones y garantías han ido poco a poco cogiendo cada vez más protagonismo en el derecho español, concretamente en los contratos de compraventa, dado que en la actualidad la gran mayoría de contratos de adquisiciones de empresas de cierto rigor o importancia suelen llevar aparejadas dichas cláusulas<sup>10</sup>, como es el caso que nos ocupa.

En España, a pesar de que carecen hoy en día de un régimen legal concreto, al no encontrarse reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, las cláusulas de manifestaciones y garantías debido a su uso generalizado en la compraventa de empresas, doctrina civil y mercantil y la abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, están totalmente reconocidas.

Por ello, debemos analizar con detalle las manifestaciones y garantías contenidas en el contrato formalizado entre Greed Group y Sigaar, dado que la referida cláusula tiene una especial repercusión en el contrato de compraventa, puesto que determina las diversas cuestiones que el comprador ha tenido en cuenta para llevar a cabo la adquisición de las acciones de la entidad mercantil Habanera. En este caso, que además suele ser muy común incluirlo dentro de las manifestaciones y garantías, se encuentra la declaración en la que la parte vendedora asume el riesgo o garantiza a la parte compradora que bien, se proporcionó toda la información, e igualmente que los estados financieros de la sociedad mercantil contenían una información verdadera, que se ajusta a la realidad de los hechos<sup>11</sup>.

Antes de nada, cabe mencionar que las manifestaciones y garantías se pueden incluir en el acuerdo de intenciones que hemos comentado en el anterior apartado del informe, en el mismo contrato de compraventa, o bien en la escritura pública otorgada ante notario, en nuestro caso

---

<sup>10</sup> F. Gómez Pomar y M. Gili Saldaña (2018) Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. Sebastián Quetglas, R. (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 419) Wolters Kluwer.

<sup>11</sup> Ibidem (pp.420)

concreto, las manifestaciones y garantías acordadas están presentes desde la fase precontractual en el acuerdo de intenciones hasta en los contratos de la operación elevados a público lo cual produce que dicha cláusula garantice la autenticidad de las manifestaciones y garantías contenidas en el contrato, evitando así que el comprador asuma los riesgos que se hayan descubierto con posterioridad a la formalización del contrato de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.451 y 1.452 CC, además esta argumentación se puede apoyar en la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de 11 de junio de 2008** en la cual la parte vendedora aseguró que no existían pasivos ocultos a la parte compradora<sup>12</sup>.

Finalmente, antes de pasar a explicar las funciones que tiene la cláusula de manifestaciones y garantías, debemos concretar que la misma, produce resultados indiscutibles, además de favorecer la figura del comprador en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera función de la cláusula de manifestaciones y garantías tiene como misión **complementar la información facilitada por el vendedor al comprador en el informe de revisión jurídica** (*Vendors Due Diligence*) en los supuestos en los que este último no ha podido percibir, pudiendo de esta manera disminuir los riesgos u obstáculos que generaría una *Due Diligence* defectuosa o inconclusa que produciría un perjuicio para el futuro comprador, es decir, su finalidad no es hacer la compraventa más sugerente, todo lo contrario, pretende únicamente que esta sea jurídicamente más segura e informada.<sup>13</sup>

En este sentido, la cláusula de manifestaciones y garantías otorga una descripción del estado de la sociedad objeto de la compraventa, (Habanera) debiendo ser dicha descripción lo mas "*completa, veraz y exacta posible*"<sup>14</sup>. Esto lo podemos identificar como una obligación o promesa que ha realizado el vendedor, en la que se compromete contractualmente a que lo manifestado en dicha cláusula es cierto, esto tiene su reflejo en la Jurisprudencia, concretamente lo podemos ver en la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 3 de septiembre de 2010**.

En este caso, dos sociedades acuerdan la celebración de un contrato de compraventa en virtud del cual la parte compradora iba a adquirir todas las acciones de la entidad vendedora, esta última, además, había incluido en el contrato de compraventa manifestaciones y garantías que aseguraban que "*la información contable y los estados financieros de la entidad reflejaban una imagen fiel de la misma*"<sup>15</sup> En nuestro caso concreto ocurre de manera similar, puesto que de ningún modo los estados contables de Habanera reflejaban una imagen real, tratando Greed Group a través de esta falsa apariencia de la contabilidad de su filial que Sigaar además de abonar un mayor precio por las acciones, confiase en que la compañía tenía un buen rendimiento, ocultando a través de un falso EBITDA los problemas de liquidez por los que atravesaba el grupo empresarial.

---

<sup>12</sup> Ibidem (pp.423 a 424)

<sup>13</sup> Ibidem (pp.426)

<sup>14</sup> J. Tortuero Ortiz. (2018) El contrato de compraventa de acciones. Sebastián Quetglas, R (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 361 a 362) Wolters Kluwer.

<sup>15</sup> F. Gómez Pomar y M. Gili Saldaña (2018) Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. Sebastián Quetglas, R. (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 427) Wolters Kluwer.

La compradora realizó un informe de auditoría en el que se descubrieron pasivos ocultos de los que no se habían informado al comprador. El Tribunal Supremo aclara que no fue el comprador, sino la parte vendedora que había garantizado una imagen fiel de su contabilidad que finalmente fue falsa, dicha declaración no es una mera afirmación, sino un verdadero compromiso que hubiera permitido a la parte compradora ejercer las soluciones legales o contractuales que hubiese estimado pertinentes. En este sentido, el descubrimiento por parte de Sigaar mediante el informe realizado por su departamento de contabilidad, creemos que podrá arrojar un resultado similar y producir una sentencia estimatoria.

De manera similar ocurre en la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 30 de marzo de 2011**, la cual en nuestro caso concreto hacemos fuerte interpretándola a *sensu contrario*, puesto que en la misma el vendedor manifiesta la posibilidad de realizar un informe de auditoría con anterioridad a la firma del contrato de compraventa, sin embargo, el comprador no considera necesaria la realización de dicho informe, lo cual produce que la irregularidades descubiertas con posterioridad por el propio comprador no tengan ninguna validez, circunstancia que no es aplicable a nuestro caso, dado que Sigaar pretendió por todos los medios asegurarse de que la operación que iba a realizar fuera segura<sup>16</sup>.

En nuestro caso, además se lleva a cabo una *Due Diligence*, un informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría y un informe realizado por un experto independiente, lo que justifica que se pretendieron descubrir dichas irregularidades contables, sin embargo, debido a la minuciosidad de la manipulación de los estados contables por el vendedor, y la información facilitada por el mismo, no pudieron ser descubiertas hasta tener las cuentas cerradas del ejercicio de 2019 en el informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, de modo que, esta última esta facultada para hacer valer las manifestaciones y garantías acordadas.

Continuando acerca de la importancia de la referida cláusula, en la misma no se pueden omitir elementos o particularidades que el comprador hubiera tenido en consideración en el momento de llevar a cabo la decisión de realizar la compraventa de las acciones.

En segundo lugar, aunque lo hemos mencionado, las manifestaciones y garantías pretenden **disminuir la falta de información que pudiera llegar a tener el comprador** a la hora de realizar el contrato de compraventa, lo que provoca una mayor seguridad a la hora de realizar la operación, dado que si la parte vendedora hubiese ocultado cierta información podríamos ceñirnos a la referida cláusula<sup>17</sup>. En este caso resulta evidente que Sigaar que no tenía falta de información, sin embargo, la información que le fue facilitada por los administradores de Greed Group era falsa, por tanto, no mostraba el verdadero reflejo de la contabilidad de Habanera, poniendo en una clara posición de desventaja a Sigaar como parte compradora, siendo esta cláusula un verdadero seguro para la parte débil del contrato.

Además, para Sigaar como parte compradora, la manifestación acerca de la veracidad de los estados contables de Habanera la consideramos de carácter esencial, lo que produce una todavía si cabe mayor protección para Sigaar.

---

<sup>16</sup> Ibidem (pp. 426)

<sup>17</sup> Ibidem (pp.426)

En tercer lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías posibilita que tanto **vendedor como comprador ajusten el contrato de compraventa** a las circunstancias que crean convenientes, que como hemos comentado anteriormente serán determinantes a la hora de tomar la decisión de formalizar el contrato.<sup>18</sup>

En nuestro caso concreto, la cláusula de manifestaciones y garantías contenía unas declaraciones por parte de Greed Group acerca de la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, circunstancia que ponemos en duda en este informe.

Finalmente, en cuarto lugar, no debemos dejar de lado una de las funciones más relevantes de la cláusula de manifestaciones y garantías, esto es **asignar ciertos riesgos a la parte vendedora** que ha formalizado el contrato de compraventa declarando cumplir lo expuesto en la referida cláusula. En este sentido, como hemos venido advirtiendo en el presente escrito, Greed Group en pleno uso de sus facultades declaró que los estados contables de Habanera respondían a una imagen fiel, siendo todo lo contrario.

En mi opinión, la repercusión que tiene la cláusula firmada por Greed Group y Sigaar, más que cargar o asignar ciertos riesgos a las partes contratantes, lo que verdaderamente generan es un seguro a la hora de realizar la compraventa, para los casos en los que existan discrepancias.

Por todo ello, entendemos que las manifestaciones y garantías otorgadas por las partes (Greed Group y Sigaar) tienen como fundamental objetivo precisar y aclarar las posibles situaciones que pudieran llegar a producir un incumplimiento contractual, acarreando como consecuencia de dicho incumplimiento la responsabilidad en la parte que hubiese desobedecido en lo pactado en el contrato.

Adicionalmente, a todo lo expuesto anteriormente, la cláusula de manifestaciones y garantías tiene ciertos privilegios en relación con lo establecido en el Código Civil, que en ciertas ocasiones exige que se den una serie de circunstancias para determinar la responsabilidad de la parte que ha incumplido manifiestamente el contrato, en este sentido gracias a esta cláusula será mucho más sencillo demostrar el incumplimiento del contrato por parte del comprado. En nuestro caso concreto, sería muy difícil evidenciar que Greed Group ha incumplido con lo pactado en el contrato de la operación, además de los plazos de prescripción de ciertos preceptos del Código Civil que hubieran impedido tan siquiera alegar dichas circunstancias al encontrarse prescritas cuando se presenta la demanda. Por todo ello pasamos a exponer ahora los beneficios que genera a nuestra parte (Sigaar) que el contrato incluyese la referida cláusula.

En relación con la **necesidad de existencia de dolo omisivo o reticencia dolosa** regulada en los artículos 1.269 y 1.270 CC, mediante los cuales se exige probar una conducta contraria a la buena fe de cualquiera de las partes del contrato, o bien, la voluntad de engañar, incluso a través de una conducta omisiva que podría dar lugar a que una de las partes quisiera formalizar el contrato de compraventa, por tanto, no será necesario de acreditar si en el referido contrato se incluyen manifestaciones y garantías que aseguren que no existen contingencias negativas y posteriormente se descubren, como ocurre en nuestro caso con la irregularidad de los estados contables de Habanera, por ello **se imputaran los riesgos a la parte vendedora, sin la necesidad**

---

<sup>18</sup> Ibidem (pp.427)

**de recurrir a la dificultosa “vía del dolo contractual omisivo”<sup>19</sup>** por la carencia de información adecuada o precisa, todo ello supone una ventaja para la parte compradora mitigando la carga de la prueba de dicho dolo o ausencia de buena fe<sup>20</sup>.

En cuanto a la necesidad de demostrar la esencialidad del error o vicio en el consentimiento, debemos destacar que la cláusula de manifestaciones y garantías incluida en el contrato de compraventa, comprende que la totalidad de términos manifestados o garantizados por la parte vendedora serán esenciales para la parte compradora, por tanto, **no sería necesario probar la esencialidad del error** de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.266 CC.<sup>21</sup>

Además, teniendo en cuenta la realidad de nuestro caso, en la cláusula de manifestaciones y garantías está comprendido el extremo de garantizar la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, por ello, podremos exigir responsabilidades a Greed Group como parte vendedora que facilitó información que no era veraz.

En cuanto a las desventajas que encontramos en la regulación del saneamiento por vicios ocultos regulado en el artículo 1.484 CC y ss., como puede ser su prematura prescripción a los seis meses, la exigencia de demostrar la mala fe de la parte vendedora o la repercusión de los vicios ocultos, encuentran su solución mediante a la incorporación de manifestaciones y garantías en el contrato de compraventa, siendo **suficiente que la parte compradora confirme que las particularidades manifestadas y garantizadas por la parte vendedora no eran las correctas o verdaderas**, por todo ello, es más que evidente que Sigaar puede reclamar la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a Greed Group por las irregularidades contables en Habanera, que no cumplen de ningún modo lo manifestado por el comprador en el contrato de la operación.<sup>22</sup>

Finalmente, como consecuencia del incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías del contrato de firmado por Greed Group y Sigaar, esta último como parte compradora estaría facultado para resolver el referido contrato o bien requerir a la vendedora una indemnización por los daños y perjuicios causados causada por la contravención de la referida cláusula, medida o solución por la que creemos más conveniente para el futuro del negocio conjunto.

La jurisprudencia viene razonando que en las situaciones en las que no se cumplan las manifestaciones y garantías pactadas en el contrato, debemos considerar que se produce un

---

<sup>19</sup> Ibidem (pp.428)

<sup>20</sup> En relación a lo expuesto, debemos citar tres Sentencias del Tribunal Supremo que a *sensu contrario* pueden hacer valer nuestras pretensiones frente a Greed Group, estas son la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 16 de abril de 2015, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 30 de septiembre de 2002 y la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 2 de noviembre de 2002, igualmente también cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 17 de enero de 2005.

<sup>21</sup> F. Gómez Pomar y M. Gili Saldaña (2018) Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. Sebastián Quetglas, R. (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 429 a 432) Wolters Kluwer.

<sup>22</sup> Ibidem (pp. 432 a 433)

verdadero incumplimiento contractual, que permite a cualquiera de las partes del contrato recurrir a las soluciones previstas en los artículos 1.101 y 1.124 CC, esto lo podemos ver reflejado en las **Sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera de 30 de junio del 2000 y 19 de enero de 2001**.<sup>23</sup>

Aunque la resolución del contrato parezca una buena solución, en nuestro caso creemos que lo mas recomendable sería una reclamación de cantidad por los daños y perjuicios causados debido a las irregularidades cometidas por Greed Group para falsear la contabilidad de Habanera con la única finalidad de incrementar el EBITDA, teniendo como consecuencia de ese ese incremento que abonar Sigaar un precio mayor por las acciones de Habanera.

Dado que como hemos venido indicando en el ordenamiento jurídico español no existen soluciones legales específicas ante el incumplimiento de las manifestaciones y garantías, la parte compradora, en este caso Sigaar, deberá acudir a lo que se hubiese acordado en el propio contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.091 CC o bien a los remedios legales previstos en el Código Civil, como pueden ser las acciones de saneamiento por defectos o vicios ocultos de los artículos 1.484 CC y ss., acciones frente al incumplimiento contractual que hemos comentado anteriormente de los artículos 1.101 y 1.124 CC o bien acciones de nulidad por dolo de acuerdo con los artículos 1.260 y 1.270 CC.<sup>24</sup>

En nuestro caso creemos que lo mas acertado es la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios debido al incumplimiento contractual o bien en virtud de lo expuesto en el artículo 1.486 CC solicitar una rebaja en el precio de las acciones de Habanera, debiendo abonar Greed Group a Sigaar el exceso de dinero pagado por este último que asciende a 1.606.096,00 euros, esto es conocido como *la actio quanti minoris* o acción estimatoria, que es un mecanismo de ajuste de precio, siendo esto una prueba de la intención no beligerante de Sigaar, puesto que lo único que quiere es recuperar el dinero que ha pagado de más y continuar con el proyecto de negocio conjunto que pretenden desarrollar.

Por ello, entendemos que probablemente resolver el contrato no es la solución mas acertada en estas ocasiones, creemos que es recomendable llevar a cabo una acción de reclamación de cantidad por los daños y perjuicios causados, siendo el dinero una mejor solución y mas asequible que la reestructuración societaria.

Finalmente, teniendo en cuenta todas estas circunstancias y en especial lo incluido en la cláusula de manifestaciones y garantías de los contratos de la operación formalizados entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox (Greed Group y Sigaar) será mucho mas sencillo exigir las responsabilidades de la parte vendedora, estimando mediante esta vía un futuro prospero en la demanda que vamos a ejercitar frente a Greed Group en base a todo lo expuesto en este apartado.

---

<sup>23</sup> Gómez Pomar, F. (2007, julio). El incumplimiento contractual en Derecho Español. InDret Revista para el análisis del derecho.

<sup>24</sup> González Martínez, T. (2017, 26 abril). CONTRATO DE COMPRAVENTA: MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS (o REPs and WARRANTIES). Ferreras Higuero Abogados.

### **1.6. Actuación de competencia desleal del Sr. Gekko al montar un negocio paralelo y desviar la clientela.**

Con independencia de lo expuesto anteriormente, debemos analizar la conducta del directivo de la sociedad de nueva constitución, ya que esta puede incurrir en supuestos considerados desleales.

En este sentido, además de no estar actuando diligentemente el Sr. Gekko en la gestión diaria de la Newco, tenemos la sospecha de que el mismo está instalando un comercio paralelo al proyecto del negocio conjunto y desviando la clientela lo que está provocando el hundimiento de las ventas, circunstancia además agravada por la crisis del Covid-19.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el Sr. Gekko, además de ostentar el cargo de directivo en Newco, posiblemente sea socio indirecto de la misma al disponer de acciones en Greed Group, verdadero socio directo de Newco.

Por ello, por analogía podríamos considerar que le es aplicable el artículo 351 LSC, donde se establecen las causas estatutarias de exclusión de socios.

Si bien es cierto que para ello convendría realizar un examen exhaustivo del contenido de las cláusulas estatutarias de la sociedad de nueva constitución, puesto que en el caso de existir una cláusula de exclusión podríamos ajustarnos a lo expuesto en dicho artículo.

*“En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad”*

En segundo lugar, en el caso de no poder acreditar la condición de socio indirecto del Sr. Gekko o bien que no existan cláusulas de exclusión en los estatutos de la Newco, cabe otra vía para fundamentar la actuación desleal del Sr. Gekko, ya que los actos contrarios a una competencia ética se ven protegidos por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante “LCD”)

En nuestro caso concreto, al no estar tipificada la conducta del Sr. Gekko con una clara exactitud, debemos acudir a los artículos 2 y 4 de la referida Ley.

El artículo 2 LCD establece que:

*“Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales”*

El artículo 4 LCD, precisa que causas o actuaciones se podrán considerar desleal de forma general expresando:

1. *“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*

En este sentido, apoyamos este criterio a través de nuestra jurisprudencia menor, como ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de julio 2014<sup>25</sup>, donde se expone:

*“De este modo, cabe concluir que la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Esta cláusula ha de aplicarse de forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos que no han podido ser subsumidos en supuestos contemplados en la tipificación particular.”*

Por ello, consideramos que el Sr. Gekko, mediante su conducta de desviación de la clientela y el establecimiento de un negocio paralelo, no está actuando de acuerdo con unos valores éticos y la buena fe exigida por el artículo 4 LCD, siendo por tanto esta conducta contraria a la buena fe un acto de competencia desleal.

Además, la necesidad de actuar de acuerdo con unos valores éticos y la buena fe, está recogida igualmente en nuestra jurisprudencia, tal y como se establece la Sentencia de 19 de abril de 2002 del Tribunal Supremo<sup>26</sup>.

A mayor abundamiento, la conducta del Sr. Gekko, la podemos encontrar contraria al artículo 38 de la Constitución Española, donde se reconoce la libertad de empresa:

*“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.*

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 LCD, podríamos iniciar las siguientes acciones judiciales por el comportamiento desleal del Sr. Gekko:

*“1.ª Acción declarativa de deslealtad.*

*2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.*

*3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.*

*4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*

*5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.*

*6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.”*

---

<sup>25</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de julio 2014.

<sup>26</sup> Sentencia 348/2002 de 19 de abril de 2002 del Tribunal Supremo.

Sin embargo, lamentablemente debemos advertir que debido al escaso valor probatorio que actualmente existe, estas acciones difícilmente podrían prosperar en la demanda, siendo recomendable seguir otras estrategias en la demanda que se pretende llevar a cabo.

No obstante, no debemos de dejar de estudiar esta situación, siendo imprescindible realizar un seguimiento de la actuación del Sr. Gekko en el futuro inmediato, con el fin de iniciar acciones judiciales en base a estos motivos cuando tengamos un mayor rigor de los hechos.

Para finalizar no debemos olvidar que la demanda se habrá de interponer en el plazo de un año, siendo el *dies a quo* el momento en el que se descubriese el comportamiento desleal del Sr. Gekko.

### **1.7. Cuestiones procesales a considerar para iniciar las acciones judiciales**

En este apartado del informe, analizaremos los procedimientos y todas y cada una de las cuestiones a tener en cuenta para iniciar las acciones judiciales de acuerdo con lo establecido en alguna de las cláusulas del contrato de compraventa y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante "LEC")

En primer lugar, en cuanto a la **competencia territorial**, debemos tener en consideración que en los contratos de la operación se estableció una cláusula de sumisión expresa por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían antes los Juzgados y Tribunales de Valencia, por ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 LEC serán competentes para conocer la demanda dichos Juzgados y Tribunales.

Esto es así, porque no nos encontramos ante ninguna circunstancia de competencia territorial en casos especiales reguladas en el artículo 52 LEC, si bien es cierto, que si en el futuro se interpusiese una demanda en materia de competencia desleal habría que atender a lo expuesto en el apartado 12º del citado artículo.

Si bien es cierto que a pesar de la cláusula de sumisión expresa que se impuso, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 51 LEC, "*las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio*"

En este sentido el hecho de que una de las acciones sea la acción individual de responsabilidad de los administradores provoca que, debemos acudir necesariamente al domicilio donde se sitúe la entidad demandada, en nuestro caso podría ser Madrid, donde se establece el domicilio social de Greed Group o Alicante, donde ese sitúa el domicilio social de la filial Habanera.

Además, debemos tener en cuenta lo expuesto en el artículo 53 LEC, en relación con la competencia territorial en caso de acumulación de acciones y en caso de pluralidad de demandados.

En nuestro caso, se ejercitarán conjuntamente varias acciones, la acción individual de responsabilidad de los administradores, y la acción de reclamación de daños y perjuicios derivada del incumplimiento contractual, que debe someterse a la cláusula de sumisión expresa.

Además, también tendremos en cuenta la pluralidad de demandados, siendo estos Greed Group por haber incumplido la cláusula de manifestaciones y garantías y el consejo de administración de Habanera por su actuación negligente, en este caso, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de los lugares a elección del demandante, por ello, nos ceñiremos a la cláusula de sumisión expresa, teniendo en cuenta que una de las acciones deriva del incumplimiento contractual.

En segundo lugar, en relación con la **acumulación de acciones**, debemos señalar que esta se produce cuando en el mismo proceso se pretenden dictaminar diferentes pretensiones. La acumulación de acciones esta regulada en los artículos 71 a 73 LEC, analizaremos cada uno de estos artículos con el fin de dilucidar si en nuestro caso es posible acumular las acciones que se pretenden ejercitar.

En cuanto a lo establecido en el artículo 71 LEC, no encontramos ningún impedimento en la acumulación objetiva de acciones, no siendo ninguna de las acciones que se pretenden ejercitar incompatibles entre sí.

En relación a lo expuesto en el artículo 72 LEC, que regula la acumulación subjetiva de acciones, entendemos que podrán ejercitarse simultáneamente las acciones contra distintos sujetos, en este caso en la acción individual de responsabilidad de los administradores, serán todos ellos responsables de manera solidaria, y en la acción derivada del incumplimiento contractual será responsable la entidad Greed Group.

Finalmente, respecto a la indicado en el artículo 73 LEC, consideramos que además por motivos procesales las acciones que pretendemos ejercitar serán admitidas, ciñéndonos a lo expuesto en el apartado segundo del mentado artículo *“También se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinado”*

Si bien es cierto, que es una de las cuestiones de materia procesal mas controvertidas, hemos encontrado una solución que permite la acumulación de la acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y la acción individual de responsabilidad de los administradores por su actuación negligente.

En este sentido, a pesar de que en principio podríamos entender que la acumulación de dichas acciones resulta imposible, dado que correspondería al juzgado de lo mercantil conocer la acción de responsabilidad de los administradores y al juzgado de primera instancia la reclamación de los daños y perjuicios, dicha acumulación es viable, justificando la misma en la economía procesal.

Por ello, la opción que consideramos mas atractiva es acumular ambas acciones ante el Juzgado de lo Mercantil, teniendo como fundamento que la acción individual de responsabilidad de los administradores es considerada de índole especial y la acción de reclamación de daños y perjuicios tiene un de carácter general, conociendo dichas acciones el juzgado anteriormente mencionado.

Para llegar a esta conclusión hemos tenido en cuenta las resoluciones que han venido acordándose en nuestra jurisprudencia menor, como son la Sentencia de la Audiencia Provincial

de Madrid de 24 de junio de 2005 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero de 2006, en la cual se expone lo siguiente:

*“carece de sentido y contraría la economía procesal e incluso la seguridad jurídica, el planteamiento de dos demandas, por separado, ante dos órganos judiciales distintos, cuando se trata de conseguir el mismo pronunciamiento de condena frente a dos sujetos”*

Sin embargo, no se cerraría definitivamente este debate hasta los pronunciamientos del Tribunal Supremo en las sentencias 539/2012 de 10 de septiembre y 315/2013 de 23 de mayo donde se admite la posibilidad de acumular las acciones, siendo competente el Juzgado de lo Mercantil. Esto es así en base a tres motivos:

- La más que evidente conexión entre las dos acciones, teniendo en cuenta que además persiguen el mismo resultado.
- Economía procesal, puesto que no tendría ningún sentido interponer una demanda para cada acción, llegando incluso a poder ser un problema para el derecho de tutela judicial efectiva.
- De acuerdo con lo expuesto en el artículo 73.2 LEC anteriormente mencionado.

Por todo ello, entendemos que atendiendo a lo recogido en el apartado seis del artículo 1 CC, *“la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”* y a todo lo anteriormente explicado, es posible la acumulación de ambas acciones ante el Juzgado de lo Mercantil.<sup>27</sup>

En tercer lugar, la demanda se **tramitará en el ámbito del juicio ordinario**, puesto que de acuerdo con lo expuesto en el apartado segundo del artículo 249 LEC, *“se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía excedan de seis mil euros”* teniendo en cuenta que la cuantía del procedimiento supera con creces la cuantía de 6.000 euros como veremos a continuación.

En cuarto lugar, en cuanto a la **valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados**, consideramos que deberían determinarse los mismos atendiendo al daño emergente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.106 CC teniendo en cuenta el valor de la pérdida que ha sufrido Sigaar por haber pagado de más por el precio de las acciones de Habanera.

En este caso, podríamos cuantificar los daños en la cantidad de 1.606.096,00 euros, siendo este el precio de más que pagó Sigaar por las acciones de Habanera al haberse manipulado la contabilidad de esta última y como consecuencia de ello incrementarse el EBITDA, valor de referencia para adquisición de las acciones.

---

<sup>27</sup> Pequerul Rami, M. (2014, 13 enero). ¿Juzgados de Primera Instancia o Juzgados de lo Mercantil? Despacho de Abogados en Madrid y Barcelona | Ceca Magán Abogados.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, de acuerdo con el artículo 251 LEC, fijaremos la cuantía del procedimiento en la cantidad de 1.606.096,00 euros, dado que se reclama una cantidad de dinero determinada.

En cuanto a la **legitimación activa**, no cabe duda que la parte a la que represento (Sigaar) estará legitimada para demandar a la parte contraria, atendiendo a lo expuesto en el artículo 10 LEC “condición procesal legítima”.

Finalmente, la **legitimación pasiva**, la tendrán de una parte Greed Group como parte firmante del contrato y responsable de haber incumplido el mismo y los administradores de Greed Group y Habanera, en este caso al ser los mismos no presenta gran dificultad a quien demandar, siendo los propios administradores los responsables de haber facilitado a Sigaar una información que no se ajustaba a la veracidad de los estados contables de Habanera.

Sin embargo, y aunque Habanera tiene personalidad jurídica propia al ser una filial, en este caso se producen ciertas circunstancias que nos harán decidir que es aconsejable demandar a Greed Group como matriz del grupo empresarial, que además como hemos dicho tiene el mismo consejo de administración que su filial.

En este sentido fundamentaremos nuestra respuesta en tres posibles situaciones que se dan en nuestro caso concreto, de acuerdo con la doctrina del “levantamiento del velo” en este caso entendemos que la verdadera artífice de las situaciones que han generado la responsabilidad de los administradores es Greed Group, por tanto, a pesar de que sean los estados contables de la filial los que no respondan a una imagen fiel, todas las gestiones y tramitaciones de la operación que han producido esta situación se deben al comportamiento de los administradores de Greed Group, teniendo especial relevancia el Sr. Gordon Gekko.

Podemos decir con total seguridad que Greed Group es la sociedad que ha manejado todos los hilos de la operación, siendo Habanera el medio empleado para cometer sus irregularidades.

Además el hecho de que el consejo de administración sea el mismo, facilita mucho las circunstancias para demandar, ya que si los miembros del consejo de administración de Greed Group y Habanera y se hubieran producido las mismas circunstancias tendríamos que haber tratado de resolver esta cuestión atendiendo por ejemplo a un posible caso de administradores de hecho, miembros de la matriz implicados directamente en la gestión de la filial, siguiendo lo establecido en el artículo 236.3 LSC.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia admite este tipo de situaciones en las que como hemos dicho la matriz influye de manera significativa en la filial, teniendo como prueba que ambas tienen el mismo consejo de administración, en este sentido se entiende que la filial no tiene ningún tipo de independencia frente a la matriz.<sup>28</sup>

Por todo ello, tendrán legitimación pasiva para ser demandados los administradores de cualquiera de las sociedades.

---

<sup>28</sup> Alonso Soto, R. (2018). La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales. Gómez-Acebo & Pombo.

## 1.8. Proposición y medios de prueba

La prueba es una de las circunstancias de mayor importancia en el proceso civil, tiene como principal función demostrar al juez que conozca del asunto de la realidad de los hechos, haciendo valer sus pretensiones mediante los distintos medios de prueba comprendidos en el artículo 299 LEC.

A continuación, expondremos medios de prueba que consideramos necesarios para probar los hechos acaecidos y la forma en la que se deben proponer.

En primer lugar, en relación con los **documentos públicos y privados**, cabe mencionar que deberán de ser aportados junto al escrito de demanda de acuerdo con lo establecido en el artículo 265 LEC, no obstante a pesar de que en el artículo 269 LEC se impide la presentación de documentos con posterioridad, esto podría ser subsanable en virtud de lo expuesto en el artículo 270 LEC, mencionamos esta posibilidad puesto que no sabemos si podremos disponer de un documento a la hora de interponer la demanda.

De acuerdo con lo expuesto en el artículo 326 LEC, los documentos privados tendrán el mismo valor probatorio que los documentos públicos, salvo que su autenticidad sea impugnada por la parte contraria, en nuestro caso, no nos preocupa una posible impugnación de los documentos dado que todos son auténticos, lo que verdaderamente puede ser una preocupación es que se cuestione su valor probatorio, en este sentido, hemos realizado una valoración de estos aspectos en el tercer informe aportado a este escrito “valor probatorio del informe elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar”

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, consideramos interesante aportar los siguientes documentos a la demanda:

1. **Carta de intenciones:** aportaremos a la demanda el acuerdo de intenciones firmado por las partes contratantes, en el que se describían los términos esenciales de la operación, en el mismo se incluían además de la fórmula de determinación del valor de las acciones, las manifestaciones y garantías a suscribir. Mediante el cual demostraremos la intención de las partes de contratar y formalizar el contrato de acuerdo con unos parámetros fijados por ambos.
2. **Contrato de la operación** firmado, donde se incluye la cláusula de manifestaciones y garantías acordada por las partes contratantes, a través de este documento se pretende demostrar que el contrato de la operación contenía manifestaciones y garantías otorgadas por la parte vendedora, en dicha cláusula esta última se pronunciaba acerca de la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera. Este documento es esencial para demostrar que Greed Group incumplió las manifestaciones y garantías establecidas en el contrato falseando la contabilidad de Habanera.
3. **Informe elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar:** es uno de los pilares mas importantes de nuestra demanda, puesto que mediante dicho informe demostramos las irregularidades contables de Habanera. En este informe se acredita que como hemos indicado, que se cometieron determinadas irregularidades contables

para incrementar el EBITDA del ejercicio de 2019, de forma que Sigaar pagase un mayor precio por las acciones que adquirió.

Comprendemos que Greed Group en su defensa, tratará de menospreciar el valor probatorio que pueda tener un informe elaborado por el departamento de contabilidad de la propia entidad compradora, no obstante, debemos hacer fuerte esta prueba advirtiendo que este informe se realizó con la contabilidad del año 2019 cerrada, no pudiendo manipular la misma la vendedora.

De igual modo, probablemente Greed Group pretenderá que tengan mayor validez el informe de revisión jurídica realizado por la propia parte vendedora, el informe de revisión financiera elaborado por la firma de auditoría Pufosa, y el informe del experto independiente, sin embargo, todos ellos han sido realizados con anterioridad al cierre del ejercicio de 2019, lo que habilitó a Greed Group para manipular los estados contables de Habanera, algo que no pudo ocultar cuando finalizó el ejercicio de 2019, saliendo a la luz todas las irregularidades contables en el informe de Sigaar que aportamos como prueba.

Podríamos haber responsabilizado a la firma de auditoría al diferir en el resultado de su informe respecto al elaborado por Sigaar, sin embargo, no creemos que esto sea una buena estrategia debido a que el informe de revisión financiera realizado por Pufosa arroja el mismo resultado que el elaborado por el experto independiente lo solo puede significar que ambos han caído en la trampa llevada a cabo por Greed Group para incrementar el EBITDA de Habanera.

Con seguridad advertimos además que, si tanto Pufosa como el experto independiente hubieran realizado su informe con el ejercicio de 2019 cerrado, o bien con una información que mostrase los verdaderos (imagen fiel) estados contables de Habanera, dichos informes habrían arrojado un resultado similar al elaborado por Sigaar.

4. **Informe de revisión jurídica elaborado por Pufosa:** aportamos a la demanda el informe realizado por Pufosa con la única finalidad de advertir al Juez que la firma de auditoría realizó el informe siguiendo todas y cada una de las normas técnicas del ICAC, y actuó en todo momento de forma diligente, siendo imposible percibir las irregularidades contables de Habanera en ese momento con la información que le facilitaron.
5. **E-mails intercambiados entre el Sr. Gekko y el Sr. Bud Fox:** mediante los cuales podemos observar que el comportamiento del Sr. Gekko no es el adecuado para entablar una negociación o una mediación pacífica para resolver el conflicto sin acudir a la vía judicial, dado que mi representada lo único que pretendía era una restitución de la cantidad pagada de más en el precio de las acciones. Se consideran un medio de prueba (documento privado) de acuerdo a lo establecido en el artículo 326 LEC y en la jurisprudencia.
6. **Cuentas anuales de 2019:** en este caso, no sabemos si las podremos presentar en la demanda, dado que debido a la crisis del Covid-19, el plazo para formalizar las cuentas anuales del ejercicio de 2019 quedó suspendido, en el informe elaborado en el punto

tercero de este escrito hacemos una reflexión acerca del plazo para presentar las cuentas anuales, no obstante, si no están disponibles para aportarlas en la demanda podremos aportarlas en el futuro de acuerdo a lo establecido en el artículo 270 LEC. En cuanto a porque es interesante aportar como prueba las cuentas anuales, tiene su fundamento en que en ellas se refleja la imagen fiel de la entidad y los verdaderos estados contables del ejercicio de 2019, por tanto, a través de este documento público podemos comprobar que, si hacemos una comparativa con el informe realizado por Sigaar, ambos presentan resultados similares, acreditando así la validez y valor probatorio del primer informe.

En segundo lugar, aportaremos como **informe pericial** el informe realizado por el experto independiente que arroja un resultado similar al de la firma de auditoria Pufosa, haciendo ver al Juez que ambos realizaron su trabajo de una manera diligente, siendo imposibles de detectar las irregularidades contables en los estados contables de Habanera, dando por hecho que ambos son perros guardianes, pero no perros de presa.

En este sentido, también solicitaremos al Juez que designe a un perito de acuerdo con lo establecido en el artículo 339.2 LEC, teniendo como finalidad la constatación de las irregularidades contables cometidas por el órgano de administración de la entidad. Así mismo, este informe pericial acreditará igualmente los parámetros del informe presentado por el departamento de contabilidad de Sigaar, validando de esta forma los resultados que se hicieron públicos en marzo de 2020.

En tercer lugar, consideramos recomendable proponer como prueba testifical la comparecencia de los siguientes testigos:

1. **Autor del informe de revisión financiera de la entidad Pufosa:** la comparecencia a los efectos de testificar que la actuación de su firma se baso en los controles técnicos de acuerdo con las normas del ICAC, que en su momento, no pudieron detectar las irregularidades contables para incrementar el EBITDA, y que sin embargo, a fecha actual y con los datos obtenidos posteriormente, determinarían un resultado diferente, todo ello prueba que la responsabilidad de la irregularidad se centra en el órgano de administración de la entidad.
2. **Experto independiente:** la prueba testifical en este caso se basará en los mismos parámetros que la intervención de la firma de auditoria.
3. **Responsable del departamento de contabilidad de Sigaar:** con el fin de informar y acreditar como se llevó a cabo el informe que da lugar al resultado real basado en la contabilidad autentica de la entidad Habanera, y que pone de manifiesto con claridad el valor de las acciones compradas por Sigaar.

Finalmente, podríamos considerar muy interesante proponer el **interrogatorio de la parte contraria**, en este caso, el **Sr. Gekko, administrador de Greed Group y Habanera**, como máximo conocedor de las circunstancias de las operaciones realizadas.

Todo ello, sin duda serviría para esclarecer los hechos y las conductas que han dado lugar a la realización y formalización de la compraventa de las acciones, conduciendo de esta forma el procedimiento para obtener una sentencia justa y favorable en este caso a los intereses perjudicados de Sigaar.

### **1.9. Acciones ejercitadas en la demanda**

A la vista de los hechos expuestos y de los criterios que hemos venido planteando consideramos que las acciones que se deben plantear en la demanda son las siguientes:

1. **Acción individual de responsabilidad de los administradores**, en virtud de la regulación contenida en el artículo 241 LSC, por haber perjudicado con su actuación perjuicios a los socios adquirentes, como consecuencia de las irregularidades contables que han dado lugar al incremento del EBITDA y por ende a un mayor importe de las acciones objeto de compraventa.
2. **Acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual**, en virtud de no haber cumplido con la cláusula de manifestaciones y garantías incluida en los contratos de la referida operación, como consecuencia de ello se deberá restablecer el importe pagado de más por mi representada.

### **1.10. Conclusiones**

Como hemos ido desarrollando y justificando a lo largo del presente informe, entendemos que la mejor estrategia para conseguir una sentencia estimatoria de nuestra demanda se debe centrar en dos principales conductas, en primer lugar, la responsabilidad de los administradores por las irregularidades contables cometidas en la mercantil Habanera, que tuvieron como consecuencia un incremento injustificado en el precio de las acciones adquiridas por Sigaar.

Si bien es cierto que podríamos haber tenido en cuenta una posible responsabilidad de la firma de auditoria, esta acción deja de cobrar sentido en el momento en el que se valoran las aportaciones no dinerarias por un experto independiente, dado que esto nos hace suponer que los estados contables de Habanera no respondían a una imagen fiel, debido en parte a las irregularidades contables cometidas por su consejo de administración con la intención de elevar el EBITDA, teniendo especial consideración en la conducta del Sr. Gekko, que como presidente de ambas entidades mercantiles estuvo presente en todo momento.

En segundo lugar, también se produce un incumplimiento contractual, dado que la parte vendedora ha incumplido la cláusula de manifestaciones y garantías que estaba incluida en el contrato, en la que además se indicaba esencialmente que los estados contables y financieros de Habanera respondían a una imagen fiel, es decir, eran verdaderos, circunstancia que se demostró que no era cierta mediante el informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, donde se descubre cual es la situación contable real de Habanera.

Respecto a otras circunstancias que podíamos haber tenido en cuenta a la hora de interponer la demanda, como es la posible competencia desleal del Sr. Gekko, entendemos que es mejor no formularlas en este momento debido al escaso carácter probatorio que tenemos. No obstante,

como hemos advertido se realizará un seguimiento exhaustivo a los movimientos del Sr. Gekko con el fin de probar su comportamiento desleal y despojarle de todas sus funciones en el proyecto de negocio conjunto.

Por todo ello, consideramos que tenemos motivos suficientes como para alegar y demostrar la existencia de una conducta antijurídica que acarrea la responsabilidad de los administradores y el incumplimiento contractual de Greed Group como parte vendedora al no haber cumplido lo manifestado en la cláusula de manifestaciones y garantías.

## 2. DEMANDA

### AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE MADRID/ALICANTE

Don Eduardo García Rodríguez Procurador de los Tribunales, con número de colegiado 221292 del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, actuando en nombre y representación de la entidad mercantil SIGAAR B.V. (en adelante “mi representada”) inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58732409, con domicilio social en en Hofplein 44 (3032 AC), Ámsterdam, actuando bajo la asistencia letrada de D. Antonio García-Loarte, colegiado número 08011996 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, y representado por el procurador que suscribe, en virtud de poder para pleitos que acompaño al presente escrito como Documento núm. 0, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en derecho, respetuosamente,

### DIGO

Que por medio del presente escrito, formulo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN EJERCICIO DE LA SIGUIENTES ACCIONES:**

1. **ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES** de la mercantil **GREED GROUP S.A. y HABANERA S.A.U**, siendo estos **D. GORDON GEKKO**, mayor de edad, y con número de NIE 0976665-U y con domicilio en la calle Alberto Aguilera, 23 de Madrid, **D. JESUS ROMERO FLORES** mayor de edad, y con número de DNI 04862234-E y con domicilio en la calle Princesa, 23 de Madrid y **FRANCISCO GARCÍA TORRES** mayor de edad, y con número de DNI 07766443-P y con domicilio en la calle Almagro, 23 de Madrid.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Los datos de los administradores demandados de las mercantiles han sido inventados con el único objetivo de formular la demanda de acción individual de responsabilidad de los administradores, siendo necesaria la comparecencia de todos ellos, aunque la cabeza de toda la operación haya sido el Sr. Gordon Gekko. En ese sentido, pudo haber sido necesario previo a la interposición de la demanda, formular diligencias preliminares para conocer los datos de los demás administradores, de acuerdo al artículo 256.1 LEC.

2. **Acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual** contra la mercantil GREED GROUP. S.A., inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187, con domicilio social en la Calle del Muro, nº 14 de Madrid (CP 28015)

## HECHOS

### PREVIO. – ANTECEDENTES DEL CASO ENJUICIADO

**GREED GROUP, S.A.** (“Greed Group”) es una sociedad española, tiene por objeto social la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros.

Es la sociedad matriz de un importante grupo empresarial con filiales en Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, las Islas Caimán y España, entre sus filiales se encuentra la mercantil denominada **HABANERA, S.A.U.** (“Habanera”), sociedad española dedicada a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba.

Ambas sociedades están dirigidas por el mismo órgano de administración, concretamente su forma de gobierno se basa en un Consejo de Administración cuya presidencia la ostenta actualmente el **Sr. GORDON GEKKO**.

Mi representada, Sigaar BV, fabricante de cigarros holandeses estaba interesada en ampliar su actividad comercial mediante la adquisición de una participación mayoritaria en Habanera.

Para llevar a cabo la operación **constituyen una *Joint Venture* a través de la creación de una sociedad de nueva constitución** que fuese propietaria del 100% del accionariado de Habanera.

Con la intención de que mi mandante presentase una oferta económica por las acciones de Habanera que pretendía adquirir, Greed Group pone a disposición de Sigaar una *Vendors Due Diligence realizada* por los abogados internos de Greed Group y **un informe de revisión financiero** en el que se analizaron los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera **a 31 de octubre de 2019** y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019 por la firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros (en adelante “Pufosa”) adjuntamos a la demanda dicho informe como **documento núm.1**.

A la vista del resultado del informe de revisión financiera realizado por Pufosa, mi mandante ofreció en pago del 75% de las acciones de Habanera un **importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019**.

El 20 de diciembre de 2019, **Greed Group y Sigaar** formalizaron los contratos de la operación elevados a público ante notario, contenían **declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera**, adjuntamos como **documento núm. 2** de la demanda.

Mediante la cual, tal y como se estableció en esta **primera fase Sigaar adquirió el 75% de Habanera** en el precio fijado por el informe de valoración realizado por Pufosa. **Posteriormente Greed Group y Sigaar constituirían la entidad de nueva constitución**, aportando entre ambas el 100% de Habanera, suscribiendo **Sigaar un 75% y Greed Group un 25%**, como consecuencia de la aportación de las acciones de Habanera de las que eran propietarios las mercantiles Sigaar y Greed Group. El preceptivo **informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por un experto independiente resultó similar al realizado por Pufosa**, adjuntamos al presente escrito **como documento núm. 3** de la demanda el referido informe.

En marzo de 2020 tuvo lugar una reunión entre los representantes de Sigaar y de Greed Group. En este momento mi mandante puso de manifiesto que, tras la toma de participación en Habanera, **se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, por el órgano de administración de la misma para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, cuyo resultado provocó que mi representada pagase un precio superior por las acciones.**

Para acreditar dicha información, el administrador de la entidad a la que represento presentó un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad, en el que se calculaba un **EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 euros**, aportamos dicho informe como **documento núm.4** de la demanda.

Por todo ello, mi mandante solicitó de manera pacífica el ajuste del precio de la compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido, sin embargo, ante la imposibilidad llegar a un acuerdo con Greed Group debido en parte a la actitud de sus representantes, llegando esta incluso a ser violenta tal y como podemos comprobar en los correos de marzo-abril de 2020 que aportamos a la demanda como **documento núm. 5.**, mediante los mismos acreditamos el comportamiento beligerante del Sr. Gekko.

Finalmente, siendo imposible llegar a un acuerdo extrajudicial, mi mandante ha tenido que acudir a este juzgado con el fin de defender sus intereses en base a los siguientes motivos que acreditan que existió un comportamiento negligente por parte de los administradores de Habanera al cometer determinadas irregularidades contables para hacer incrementar el EBITDA de forma que mi mandante pagará un mayor precio por las acciones, e igualmente se produjo un incumplimiento contractual al no cumplirse lo acordado en la cláusula de manifestaciones y garantías.

#### **PRIMERO. – IRREGULARIDADES CONTABLES COMETIDAS POR LOS ADMINISTRADORES DE HABANERA S.A.U. TENIENDO COMO RESULTADO EL INCREMENTO DE LA VALORACIÓN DE LAS ACCIONES ADQUIRIDAS POR MI REPRESENTADO**

Una vez conocidos, por su participación en la misma, con detalle los estados contables de la entidad Habanera por parte del departamento de contabilidad de mi mandante se advierten una serie de irregularidades contables que se han llevado a cabo mediante la intervención de los administradores de la entidad en ese momento, con el claro fin de alterar la valoración del EBITDA y por tanto el precio de la operación de adquisición de acciones.

Estas alteraciones que modificaron el EBITDA de la entidad Habanera consistieron fundamentalmente en el **aumento de la valoración de las existencias, ocultación de diversos gastos o bien haber realizado un posible aumento ficticio de los ingresos.**

Así mismo, deducimos que se aumentaron las previsiones de resultados, pues debemos tener en cuenta que el EBITDA fue calculado en octubre de 2019 detallándose una previsión de resultados para el cierre del ejercicio de 2019, teniendo dicha previsión de un margen de error muy limitado al ser únicamente de dos meses, no pudiendo tener una diferencia el referido EBITDA de 200.762,00 euros, lo que nos hace considerar que las cuentas presentaban irregularidades.

Hemos de constatar que la coincidencia en la valoración de las acciones por parte de la firma de auditoría Pufosa y el experto independiente en sus correspondientes informes se debe a que los estados contables presentados por el órgano de administración, sin cerrar el ejercicio, se habían realizado con irregularidades que no pudieran ser detectadas en la información facilitada a los profesionales citados, y que aunque actuaron y realizaron su trabajo adecuadamente, certificaron el resultado que convenía a los transmitentes que determinaba un incremento en la valoración del EBITDA, parámetro fundamental del precio de la operación.

A mayor abundamiento, estos informes coinciden en una cuestión fundamental, todos ellos se basan en una estimación del resultado del cierre del ejercicio de 2019, mientras que el informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar no es una previsión, sino que es el resultado definitivo del ejercicio de 2019.

Estos hechos evidencian claramente la alteración de los estados contables llevada a cabo por los administradores en ejercicio de sus funciones con el fin de obtener un lucro injustificado.

## **SEGUNDO. – INCUMPLIMIENTO DE LA CLAUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTIAS**

Hemos de tener en cuenta en este hecho que mi representada y la ahora demandada firmaron un **acuerdo de intenciones** en noviembre de 2019, en el que se describían los términos esenciales de la operación, donde se incluyó la fórmula de determinación del valor de las acciones, así como el **periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con un plazo de dos años**, dicho acuerdo de intenciones lo adjuntamos a la demanda como **documento núm. 6.**

Posteriormente el 20 de diciembre de 2019 Greed Group y Sigaar procedieron a otorgar los contratos de la operación, formalizándose aquel día y elevándose a público ante notario, dicho contrato **contenía declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera**, aportado como **documento núm. 2** al presente escrito de demanda como se ha indicado anteriormente.

Las alteraciones contables detectadas con posterioridad por el departamento de contabilidad de mi representada, a las que ya hemos hecho referencia ponen de manifiesto el incumplimiento llevado a cabo por la demandada al no haber reflejado la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, tanto en el acuerdo de intenciones firmado en noviembre de 2019 como en el contrato elevado a público en fecha 20 de diciembre de 2019 incumpliendo así

mismo en este último documento las declaraciones y garantías asumidas expresamente por la transmitente.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### FUNDAMENTOS JURIDICO PROCESALES

- I. **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Corresponde el conocimiento de la presente demanda a los Juzgados de lo Mercantil de Madrid/Valencia, en aplicación de lo dispuesto por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, que introduce el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las Sentencias 539/2012 de 10 de septiembre y 315/2013 de 23 de mayo a las que nos referiremos en la acumulación de acciones.
- II. **COMPETENCIA TERRITORIAL.** Corresponde al domicilio de las personas jurídicas de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.1. LEC.
- III. **LEGITIMACIÓN ACTIVA:** A tenor del art. 10 LEC, la legitimación directa u ordinaria de mi representada (SIGAAR) deriva de su calidad de compradora en el contrato cuyo cumplimiento se pretende.
- IV. **LEGITIMACIÓN PASIVA:** Corresponde a la demandada GREED GROUP S.A. como parte vendedora de dicho contrato de compraventa, y a D. GORDON GEKKO, D. JESUS ROMERO FLORES y FRANCISCO GARCÍA TORRES en su condición de administradores de las mercantiles, GREED GROUP S.A. y HABANERA S.A.U. Todo ello de acuerdo con los artículos 10 y 12 LEC.
- V. **POSTULACIÓN Y DEFENSA:** Se cumplen con las normas de postulación procesal, ya que la demanda se presenta por medio de Procurador legalmente habilitado para actuar ante los tribunales de este partido, y bajo la dirección de Letrado en ejercicio que redacta y firma, conforme a lo dispuesto en los arts. 23.1 y 31.1 LEC.
- VI. **REQUISITOS FORMALES:** Se inicia el proceso por medio de demanda que reúne todos los requisitos exigidos en el art. 399 LEC, sin que existan otras exigencias especiales de procedibilidad, y no estando prevista legalmente una acreditación preliminar de la legitimación o principio de prueba del derecho, por lo que, competente el tribunal, deberá aquélla admitirse, a tenor de los arts. 403.2 y 404 LEC.

- VII. **ACUMULACIÓN DE ACCIONES:** Mi mandante ejercita las acciones que se dirán en el siguiente fundamento por ser ellas acumulables entre sí en el presente procedimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 72.3 LEC. La acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y la acción individual de responsabilidad contra los administradores son acumulables de acuerdo con lo recogido en los artículos 72 y 73 LEC, y a lo establecido en la jurisprudencia, en las Sentencias 539/2012 de 10 de septiembre y 315/2013 de 23 de mayo donde se admite la posibilidad de acumular las acciones, porque entre ambas acciones existe una estrecha conexión, ya que entre ambas hay una relación de prejudicialidad, pues el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que proceda la acción de responsabilidad de los administradores y la finalidad que persigue la parte con el ejercicio de ambas acciones es única: el resarcimiento de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento por la sociedad, siendo competente el Juzgado de lo Mercantil.
- VIII. **ACCIONES QUE SE EJERCITAN:** Por medio de la presente demanda se ejercitan las acciones siguientes:
1. **Acción individual de responsabilidad de los administradores**, en virtud de la regulación contenida en el artículo 241 LSC, por haber provocado con su actuación perjuicios a los socios adquirentes, como consecuencia de las irregularidades contables que han dado lugar al incremento del EBITDA y por ende a un mayor importe de las acciones objeto de compraventa.
  2. **Acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual**, en virtud de no haber cumplido con la cláusula de manifestaciones y garantías incluida en los contratos de la referida operación, como consecuencia de ello se deberá restablecer el importe pagado de más por mi representada.
- IX. **PROCEDIMIENTO.** El interés económico de la demanda supera la suma de 6.000 euros, por lo que al no tener la presente contienda una tramitación especial "*ratione materiae*", será de aplicación lo dispuesto en arts. 248, 249.2 y 254.1 LEC, debiendo ventilarse por el juicio ordinario, regulado en el Título II del Libro II LEC (arts. 399 y ss.), debiendo asimismo secundarse las Disposiciones Comunes a los Procesos Declarativos previstas en el Título I de dicho Libro (arts. 248 y ss.).
- X. **CUANTÍA:** Por así disponerlo el art. 253.1 LEC, se pone de manifiesto que la cuantía de esta demanda es de 1.606.096,00 euros, con arreglo a la regla 1.ª del art. 251 de dicha Ley, al reclamarse una cantidad de dinero determinada.

## FONDO DEL ASUNTO

### **PRIMERO. – RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS IRREGULARIDADES CONTABLES COMETIDAS CON EL FIN DE INCREMENTAR EL EBITDA**

El artículo 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante “LSC”), en cuanto previene que: *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”,* todo ello relacionado con el artículo 1902 del Código Civil: *“El que por acción u omisión causare un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”;* del mismo modo lo relacionamos con los artículos 225 a 232, LSC, directamente conectados ambos con el Reglamento del Registro Mercantil de 1996, de los que resulta la denominada acción individual de responsabilidad de los administradores por daños causados en el patrimonio de terceros, según el modelo de responsabilidad del art. 236 LSC.

Con el fin de demostrar la conducta antijurídica y la consecuente responsabilidad de los administradores la mercantil Habanera por las irregularidades contables cometidas para incrementar el EBITDA debemos tener en cuenta las siguientes circunstancias:

En primer lugar, a la hora de valorar una empresa, todo depende de la información facilitada por los administradores de la mercantil transmitente o vendedora, en nuestro caso los administradores de la ahora demandada.

Si bien es cierto que los administradores entregaron a mi mandante un informe de revisión jurídica, advertimos que este no exime de ninguna responsabilidad al deudor y menos cuando a posteriori de han detectado irregularidades contables en la sociedad cuyas acciones eran objeto de compraventa, detrctando de esta manera que no se reflejaba una imagen fiel de la entidad en la información facilitada por los administradores.

De modo que la administración de Habanera incrementó el EBITDA del ejercicio de 2019 cometiendo ciertas irregularidades contables como son el **aumento de la valoración de las existencias, ocultación de diversos gastos o bien haber realizado un posible aumento ficticio de los ingresos.**

En este sentido, debemos igualmente reseñar que además del informe de revisión jurídica se realizó un informe de revisión financiera de los estados contables de Habanera a 31 de octubre de 2019 por parte de una compañía de auditores denominada Pufosa en el cual se estima un EBITDA de 972.222,00 euros, cuantía que viene a determinar la razón de la existencia de este procedimiento.

Además, posteriormente en diciembre de 2019 se realizó un informe de un experto independiente que tenía la finalidad de valorar las aportaciones no dinerarias transmitidas a la sociedad de nueva constitución, este informe arrojó un resultado similar al elaborado por la firma de auditoría.

Es sorprendente que ni la compañía de auditores ni el informe del experto independiente detectasen las irregularidades contables, y, por el contrario, el departamento de contabilidad de mi representada advirtiera las mismas en marzo de 2020 en el informe que incorporamos a esta demanda.

Esto se debe a que la firma de auditoría actuó diligentemente, sin embargo, las irregularidades cometidas por Habanera para falsear el EBITDA eran tan minuciosas que resultaron indetectables en el informe de revisión financiera de Pufosa, ni tan siquiera en el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por el experto independiente, que como hemos comentado arrojó un resultado similar al contenido en el informe realizado por la firma de auditoría.

Con relación a la limitación de la responsabilidad del auditor **la Sentencia del Tribunal Supremo 798/2008 de 9 de octubre**, determina que *“la obligación del auditor no alcanza a detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores sino solo aquellos que una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto”*

En este sentido, advertimos que el informe realizado por Pufosa se realizó a fecha de 31 de octubre de 2019, teniendo en cuenta que en ese momento aún no estaba cerrado el ejercicio de 2019, además de realizar un informe incompleto basado en unas previsiones, los administradores de Habanera para entonces falsearon la contabilidad, o bien facilitaron una información errónea a los auditores aprovechando que aún no estaba cerrada la contabilidad del año.

En virtud de lo cual, la diferencia en la valoración del EBITDA detectada por el departamento de contabilidad de mi mandante viene como consecuencia de que en marzo de 2020, el ejercicio de 2019 está cerrado, reflejándose las magnitudes contables reales a 31 de diciembre de 2019, con el correspondiente recuento de existencias.

Por ello, se pudo determinar la correcta valoración del EBITDA en marzo de 2020 cuando se reúnen los representantes de Sigaar y Greed Group las cuentas del ejercicio de 2019 están cerradas y disponen de una información completa y realmente veraz, de modo que en el referido informe ya se pudo constatar cual era la contabilidad de Habanera.

A mayor abundamiento, podríamos advertir que Habanera tiene la obligatoriedad de formular las cuentas anuales, dicha obligación se establece en el artículo 253 LSC:

*“Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados”.*

Por ello, las sociedades mercantiles como Habanera en las que coincide el cierre del ejercicio con el año natural, es decir, el cierre del ejercicio tiene lugar el 31 de diciembre de 2019, tienen como plazo obligatorio para formular las cuentas anuales hasta el 31 de marzo del año siguiente.

No obstante, como consecuencia de la crisis del Covid-19 y la declaración del estado de alarma se aprobó el Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo que suspendió el plazo para formular las cuentas anuales hasta la finalización del estado de alarma, dicho decreto expone lo siguiente:

*“El plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social para que el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica obligada formule las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, y, si fuera legalmente exigible, el informe de gestión, y para formular los demás documentos que sean legalmente obligatorios por la legislación de sociedades queda suspendido hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha”.*

Consideramos especialmente relevante la formulación de las cuentas anuales de Habanera, puesto que en ellas se reflejan las magnitudes contables reales y el correcto cierre contable efectuado a día 31 de diciembre de 2019 con el correspondiente recuento de existencias, dotación de amortizaciones, posibles dotaciones de morosos y otras provisiones, es decir, se muestra el fiel reflejo de la situación contable de Habanera.

Entendemos que a pesar de los retrasos provocados en la formulación de cuentas debido a la crisis del Covid-19 las cuentas anuales de Habanera tienen la obligación de haberse formulado con fecha de 31 de octubre de 2020, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 19/2020, dado que se otorgó un plazo de tres meses para formular las cuentas anuales comenzando dicho plazo el 1 de junio de 2020.

Por tanto, aportamos como **documento núm. 7** las cuentas anuales formuladas a 31 de octubre de 2020 mediante las cuales demostraremos el valor probatorio del informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, realizando un estudio comparativo con relación a lo expuesto en las cuentas anuales del ejercicio de 2019 de Habanera.

De igual modo, también solicitamos al Juez que designe a un perito de acuerdo con lo establecido en el artículo 339.2 LEC, teniendo como finalidad la constatación de las irregularidades contables cometidas por el órgano de administración de la entidad. Así mismo, este informe pericial acreditará igualmente los parámetros del informe presentado por el departamento de contabilidad de Sigaar, validando de esta forma los resultados que se hicieron públicos en marzo de 2020.

Por todo ello, determinamos **que el administrador en el ejercicio de sus funciones ha tenido una conducta al menos no diligente e incluso antijurídica** al presentar unas cuentas que no reflejan la imagen fiel con la única pretensión de incrementar el EBITDA para conseguir un mayor precio por las acciones de Habanera, y como consecuencia obtener una mayor financiación para paliar los problemas de escasa liquidez por los que atravesaba la compañía demandada.

Demostrando además que concurren en el presente supuesto los requisitos comunes de toda reclamación de responsabilidad:

- a. Efectivamente el comportamiento de los administradores ha sido en el ejercicio de sus funciones, no habiendo tenido la diligencia de un ordenado empresario y representante

leal al haber falseado la información facilitada para incrementar el EBITDA de la compañía.

- b. El daño producido consiste en el incremento de 1.606.096,00 euros en el pago del precio de las acciones de Habanera como consecuencia de las irregularidades cometidas por los administradores en los estados contables de la compañía.
- c. El referido daño no tiene la necesidad de haber lesionado los intereses de la sociedad, siendo únicamente necesario que fuese un perjuicio directo contra el tercero contratante, en este caso mi representada, en virtud de lo expuesto en el artículo 241 LSC.
- d. La culpa o negligencia en el actuar de los administradores basta cualquier género de culpa (arts. 1089 y 1902 del Código Civil, aplicable en la materia como expresivos de principios generales de nuestro ordenamiento), viniendo definida la negligencia en este ámbito por conceptos normativos, contenidos en el art. 225 LSC, según el cual la diligencia exigible al administrador es la propia de “un ordenado empresario”.
- e. Existe una relación de causalidad entre el acto ilícito de los administradores y el daño directo sufrido por mi mandante.

Por todo ello, consideramos que existen argumentos suficientes que justifican la acción individual de los administradores por su conducta antijurídica en el ejercicio de sus funciones al haber manipulado minuciosamente la contabilidad de la compañía Habanera y facilitado a mi representada y a los profesionales que participaron en el proceso de compraventa una información que no se ajustaba a la imagen fiel de los estados contables, provocando de esta manera un incremento en el EBITDA de la compañía y como consecuencia un incremento injustificado del precio de las acciones que asciende a 1.606.096,00 euros que ahora reclamamos.

## **SEGUNDO. – RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACIÓN DE LA CLAUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTIAS**

Estamos ante un contrato de compraventa que conforme a lo establecido en el art. 1.445 CC se define como *“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*

En este sentido nuestro derecho prevé para las situaciones en las que se de un incumplimiento contractual las siguientes soluciones, atendiendo a lo establecido en el artículo 1.101 y 1.124 CC.

En primer lugar, el artículo 1.101 CC establece *“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”*

De la misma manera el artículo 1.124 CC señala *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”*

En este sentido, el incumplimiento contractual se produce como consecuencia de haber incumplido lo acordado en la cláusula de manifestaciones y garantías contenida en el contrato de la operación firmado y elevado a público el 20 de diciembre de 2019.

La referida cláusula garantiza la autenticidad de las manifestaciones y garantías contenidas en el contrato, evitando así que el comprador asuma los riesgos que se hayan descubierto con posterioridad a la formalización del contrato de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.451 y 1.452 CC, además esta información queda reflejada en la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de 11 de junio de 2008** en la cual la parte vendedora aseguró que no existían pasivos ocultos a la parte compradora.

En nuestro caso concreto, la ahora demandada en dicha cláusula asumió el riesgo o garantizó a mi representada que, se proporcionó toda la información, e igualmente que los estados contables y financieros de la sociedad mercantil contenían una información verdadera, que se ajusta a la realidad de los hechos, que como hemos comentado a lo largo de este escrito de demanda no fue así, descubriéndose determinadas irregularidades contables a través del infirme de departamento de contabilidad de mi mandante elaborado en marzo de 2020.

El referido informe que mostraba un EBITDA corregido para el ejercicio de 2019 es la manera de probar en un primer momento las irregularidades contables cometidas por el órgano de administración de habanera, que provoca como consecuencia el incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías.

Además, como hemos venido indicando, la vulneración de la cláusula de manifestaciones y garantías es un verdadero incumplimiento contractual que capacita a mi mandante a recurrir a las soluciones previstas en los artículos 1.101 y 1.124 CC, esto lo podemos ver reflejado en las **Sentencias del Tribunal Supremo Sala Primera de 30 de junio del 2000 y 19 de enero de 2001**.

A mayor abundamiento y para facilidad del juzgador extraemos lo dispuesto en el análisis doctrinal del incumplimiento contractual realizado por FERNANDO GOMEZ POMAR que establece:

*“Las consecuencias de cada uno de estos distintos tipos de cláusulas, en términos de la caracterización del incumplimiento, así como de los remedios disponibles, pueden variar de modo apreciable. Para las manifestaciones del apartado a), **si se da una de las contingencias negativas cubiertas por las garantías contractuales del vendedor, o no se produce la conducta prometida, parece indudable que el vendedor incumple el contrato** y, además, de modo imputable –salvo, probablemente, que pudiera acreditarse un evento calificable como fuerza mayor o caso fortuito- y queda sujeto a la responsabilidad contractual correspondiente al*

*incumplimiento. La sujeción del vendedor, en este caso, a los remedios del incumplimiento contractual, sería plena*<sup>30</sup>

De igual modo debemos destacar la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 3 de septiembre de 2010** en la cual las manifestaciones y garantías acordadas entre las partes aseguraban que “*la información contable y los estados financieros de la entidad reflejaban una imagen fiel de la misma*” dichas declaraciones realizadas por la parte vendedora habían garantizado una imagen fiel de su contabilidad que finalmente fue falsa, dicha declaración no es una mera afirmación, sino un verdadero compromiso que hubiera permitido a la parte compradora ejercer las soluciones legales o contractuales que hubiese estimado pertinentes<sup>31</sup>.

De manera similar ocurre en la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 30 de marzo de 2011**, la hacemos fuerte interpretándola a **sensu contrario**, puesto que en la misma el vendedor manifiesta la posibilidad de realizar un informe de auditoría con anterioridad a la firma del contrato de compraventa, sin embargo, el comprador omite la realización de dicho informe, lo cual produce que las irregularidades descubiertas con posterioridad por el propio comprador no tengan ninguna validez

En el presente caso, se lleva a cabo una *Due Diligence*, un informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría y un informe realizado por un experto independiente, **lo que justifica que se pretendieron descubrir dichas irregularidades contables**, sin embargo, debido a la minuciosidad de la manipulación de los estados contables y a la información facilitada por el vendedor, no pudieron ser descubiertas hasta tener las cuentas cerradas del ejercicio de 2019 en el informe realizado por el departamento de contabilidad de mi mandante, de modo que, está facultada para hacer valer las manifestaciones y garantías acordadas como hemos venido comentando.

Debemos hacer especial alusión a **necesidad de existencia de dolo omisivo o reticencia dolosa** regulada en los artículos 1.269 y 1.270 CC, mediante los cuales se exige probar una conducta contraria a la buena fe de cualquiera de las partes del contrato, o bien, la voluntad de engañar, no será necesario de acreditar si en el referido contrato se han incluido manifestaciones y garantías que asegurasen que no existen contingencias negativas y posteriormente se descubren, como ocurre en el presente supuesto con la irregularidad de los estados contables de Habanera, por ello **se imputan los riesgos a la parte vendedora, sin la necesidad de recurrir a la dificultosa vía del dolo contractual omisivo** por la carencia de información adecuada o precisa, mitigando la carga de la prueba de dicho dolo o ausencia de buena fe.<sup>32</sup>

Esto tiene reflejo en la jurisprudencia concretamente en la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 16 de abril de 2015, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 30 de**

---

<sup>30</sup> Gómez Pomar, F. (2007, julio). El incumplimiento contractual en Derecho Español. InDret Revista para el análisis del derecho.

<sup>31</sup> Sebastian Quetglas, R. (2018) Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. En F. Gómez Pomar y M. Gili Saldaña (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 423 y 426) Wolters Kluwer.

<sup>32</sup> Ibidem (428 a 432)

**septiembre de 2002 y la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 2 de noviembre de 2002** todas ellas interpretadas a *sensu contrario*.

De la misma manera tampoco sería necesario **probar la causa principal del error** de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.266 CC.

En virtud de lo establecido en el artículo 1.484 CC, en cuanto a las posibles alegaciones acerca de la prescripción de la acción del saneamiento por vicios ocultos, si bien es cierto que tiene una caducidad de 6 meses, lo pactado en la cláusula incumplida por la ahora demandada, amplía su eficacia hasta la vigencia de dicha cláusula, esto es el plazo de un año, además de no ser necesario demostrar la mala fe de Greed Group como parte vendedora.

Para hacer valer nuestras pretensiones, dado que aún no están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico las soluciones concretas por incumplir la cláusula de manifestaciones y garantías, podremos acudir a los remedios legales previstos en el Código Civil, **saneamiento por defectos o vicios ocultos de los artículos 1.484 CC y ss., acciones frente al incumplimiento contractual de los artículos 1.101 y 1.124 CC o bien acciones de nulidad por dolo de acuerdo con los artículos 1.260 y 1.270 CC**

Por todo ello, consideramos que mi representada está facultada legalmente para ejercer contra Greed Group (como parte vendedora) la acción de reclamación por los daños y perjuicios causados por esta, como consecuencia de haber incumplido lo establecido en la cláusula de manifestaciones y garantías incluida en el contrato que regulaba la operación, lo que supone un verdadero y completo incumplimiento contractual de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.101. CC y 1.124 CC.

#### **CUARTO. – COSTAS**

Las costas han de imponerse a la demandada en virtud del principio objetivo de vencimiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 394 de Ley de Enjuiciamiento Civil, así como manifiesta temeridad y mala fe.

En virtud de todo lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito con sus copias y documentos que lo acompañan y, en su virtud, se digne a admitirlo y tenga por interpuesta, en la representación que ostento, DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en el ejercicio de las siguientes acciones:

- a. **ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA MERCANTIL GREED GROUP S.A. y HABANERA S.A.U.**, en virtud de la regulación contenida en el artículo 241 LSC, por haber provocado con su actuación perjuicios a los socios adquirentes, como consecuencia de las irregularidades contables que han dado

lugar al incremento del EBITDA y por ende a un mayor importe del precio de las acciones objeto de compraventa.

- b. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL 1.101 y 1.124 CC**, contra la mercantil **GREED GROUP S.A.**, en virtud de no haber cumplido con la cláusula de manifestaciones y garantías incluida en los contratos de la referida operación, como consecuencia de ello se deberá restablecer el importe pagado de más por mi representada.

Condenándoles a abonar a mi representada la cantidad de **1.606.096,00 euros**, más los intereses legales correspondientes. Ello con expresa imposición de costas a los codemandados.

Es justicia que pido.

**OTROSÍ DIGO** Según el artículo 231 de la LEC, esta parte cree haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de los actos procesales como es su voluntad, si bien manifiesta desde este momento que, si por cualquier circunstancia, de la índole que fuere, esta representación hubiere incurrido en algún defecto, ofrece su subsanación inmediata a requerimiento de este Juzgado.

**AL JUZGADO SUPPLICO** Que se tenga por hecha la anterior manifestación, a los efectos oportunos.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO** Que junto con el presente escrito de demanda se acompañan los documentos que se indican en la presente demanda.

**AL JUZGADO SUPPLICO** Que se tenga por hecha la anterior manifestación, a los efectos oportunos.

**TERCER OTROSÍ DIGO** Que tenga por anunciada la intención de esta parte de valerse de informes periciales para el acto del juicio por lo que se solicita expresamente en virtud de lo establecido en el artículo 339.2 LEC, que se proceda a la designación judicial de dichos profesionales a fin de emitir informe sobre los extremos relacionados, cuya designación se realizará en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda.

**AL JUZGADO SUPPLICO** Que se tenga por hecha la anterior manifestación, a los efectos oportunos.

Lo solicito respetuosamente, en ....., a ..... de ..... de .....

### **3. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA POSIBLE DEMANDA DE CONTRARIO, CONTESTACIÓN DE CONTRARIO Y POSIBLE RECONVENCIÓN**

En el presente informe se tratarán de advertir todas y cada una de las posibles circunstancias que podrían ocasionar una demanda de contrario, probablemente por el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos, y la defensa que creemos que potencialmente hará Greed Group de la demanda que hemos interpuesto ante ellos. Por todo ello consideramos necesario desarrollar las siguientes pretensiones:

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

Ante las posibles alegaciones de contrario acerca de la firma de los contratos de la operación por uno solo de los dos administradores mancomunados, aun siendo inicialmente necesaria la comparecencia de los dos administradores mancomunados, en este caso parece evidente a la vista de la elevación a público ante notario, así como, a la constitución de la sociedad e inscripción de la misma, que el Sr. Bud Fox, aun siendo administrador mancomunado de Sigaar, debe tener un poder a su favor que le otorgue capacidad suficiente para la intervención por si solo en la formalización de los contratos indicados. Esta situación queda garantizada por la intervención del fedatario público, así como la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente de la sociedad de nueva constitución "Newco".

De ello se deduce que el Sr. Bud Fox actuaba de manera correcta y eficaz en derecho al existir un poder que le confiere capacidad suficiente para la formalización de los referidos actos.

Dicho poder debe conferirse por el órgano de administración, en nuestro caso concreto por los dos administradores mancomunados a favor de alguno de ellos o de los dos para que actúen de forma individual.

#### **3.2. Opresión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente**

La base jurídica de una de las posibles demandas o contestaciones a la demanda y posible reconvencción entendemos que podría ser la opresión de la minoría en Newco al ampliar el capital injustificadamente mediante la compensación de créditos llevado a cabo en la junta general extraordinaria de Newco el 27 de abril de 2020, en virtud del cual Sigaar pasó a controlar el 95% del capital social.

El referido aumento de capital puede llegar a ser un hecho controvertido, dado que en especial, los aumentos de capital por compensación de créditos, son considerados particularmente favorables para la mayoría, teniendo en cuenta que en ellos no existe un derecho adquisición preferente, lo que puede acarrear que el poseedor de créditos compensables, que en general suelen ser los socios mayoritarios, aumenten su participación en el capital social, siendo la consecuencia directa de este aumento de capital la reducción en el porcentaje del capital de la sociedad del socio minoritario.

En este sentido la parte contraria, tratará justificar una posible opresión de la minoría en Newco al no existir un derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos, teniendo como fundamento que no estamos ante un aumento de capital con cargo a

aportaciones dinerarias, reconociéndose únicamente este derecho de acuerdo a lo expuesto en el artículo 304.1. LSC en los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias.

Dejando por sentado este hecho, igualmente Greed Group centrara sus alegaciones en que dicho aumento de capital se considera un abuso de la mayoría, aprovechando que en este tipo de aumentos por compensación de créditos son considerados habitualmente como abusivos contra los socios minoritarios de la sociedad.

Por ello, en virtud de lo establecido en el artículo 204.1 LSC, tratarán de impugnar el aumento de capital, al considerarlo como un acuerdo social que lesiona el interés social o se realiza en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Pero además, de acuerdo al referido artículo 204.1 LSC, actualmente, no es necesario que dicho acuerdo este en contra del interés social, bastando que exista un abuso por parte de la mayoría, dicho artículo dice:

*“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*

Por tanto, el acuerdo es necesario que se adopte en beneficio de la mayoría y por tanto, en perjuicio de la minoría, no siendo obligatorio que dicho acuerdo dañe el interés de o patrimonio de la sociedad.

Para que el acuerdo no sea considerado impugnado, deberá necesariamente atender a una necesidad razonable, es decir, una razón objetiva desde la perspectiva del interés social<sup>33</sup>.

Habiendo sentado las bases de la posible impugnación del acuerdo social, entendemos que la ampliación de capital no se lleva a cabo de forma opresiva para la minoría por parte de la mayoría, en base a los siguientes argumentos que pasamos a detallar:

En primer lugar, queremos dejar constancia que si se lleva a cabo la ampliación de capital por compensación de créditos, es porque no ha existido en ningún caso intención por parte de los accionistas minoritarios en suscribir cualquier tipo de porcentaje en la ampliación por aportaciones dinerarias o de otro tipo, por lo tanto, queda libre la vía a la ampliación por la compensación de un crédito saneándose de esta forma el balance de la sociedad y disminuyendo gastos (financieros) derivados del referido crédito.

En segundo lugar, en este caso, no se perjudica ni el interés social ni el patrimonio de la sociedad, sino todo lo contrario ya que se mejora la situación patrimonial de la misma, y no existe otro objetivo que mejorar la situación económica de la sociedad sin ningún interés de parte.

En tercer lugar, y con mayor peso, queremos advertir que existe una necesidad razonable para llevar a cabo la ampliación de capital, en base a mejorar la situación económica y la capacidad

---

<sup>33</sup> García-Villarrubia, M. (2019). Los grupos de casos de acuerdos abusivos, El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, n.º 76.

competitiva de la entidad de cara incluso a la pérdida de clientes que como consecuencia de la actuación más que cuestionable del Sr. Gekko, podría debilitar la capacidad económica financiera y el objetivo por el que se constituyó la sociedad, existiendo por tanto una clara justificación objetiva de la ampliación de capital llevada a cabo.

A mayor abundamiento podríamos añadir que antes de la ampliación la entidad Sigaar ya ostentaba una mayoría en el capital suficiente para tomar cualquier tipo de decisión en la misma, hecho que evidencia que esta ampliación no se ejercita de forma opresiva, sino que existe como hemos indicado una necesidad razonable y una justificación objetiva de la misma.

Finalmente, debemos tener en cuenta que la demanda que tiene como fruto la impugnación de un acuerdo social está sujeta a un régimen especial de competencia territorial, siendo competente el tribunal del lugar del domicilio social, aunque exista una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Valencia, todo ello de acuerdo a lo expuesto en el artículo 52.1. 10º LEC.

### **3.3. Posibles medidas cautelares solicitadas de contrario**

Habiendo sentado las bases acerca de la más que posible impugnación del acuerdo social de aumento de capital por abuso de la mayoría, debemos tener en cuenta la posibilidad de que la parte contraria solicite en su escrito medidas cautelares que pretendan suspender el acuerdo social de aumento de capital objeto de la demanda.

En este sentido, Greed Group, socio de la NewCo que se ha visto perjudicado por el acuerdo de aumento de capital, tratará además de impugnar dicho acuerdo, solicitar medidas cautelares que produzcan la suspensión del referido acuerdo, puesto que el mismo se inscribió en el Registro Mercantil en virtud de lo expuesto en el artículo 315 LSC (inscripción de la operación de aumento)

Como hemos dicho, probablemente la medida cautelar que solicite la parte contraria, será la contenida en el artículo 727.10º que dice:

*“La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores”*

A mayor abundamiento, otra posible medida cautelar que puede solicitar Greed Group como socio de Newco perjudicado por el aumento es la anotación preventiva de la demanda, en este caso establecida en el artículo 727.5º:

*“La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos”.*

En este sentido, Sigaar deberá oponerse a las medidas cautelares solicitadas por la parte contraria atendiendo a lo expuesto en los artículos 739 y ss. En nuestro caso, nos opondremos rotundamente a las medidas cautelares comentadas con anterioridad, alegando que ni Greed Group, ha cumplido con los requisitos para solicitar las medidas cautelares, ni Sigaar debe aceptar las medidas cautelares que se pretenden imponer teniendo como fundamento que el

acuerdo de capital que se pretende impugnar se ha realizado conforme a derecho y atendiendo a una necesidad razonable, por lo que en ningún momento se intentó perjudicar a la minoría mediante el acuerdo de aumento de capital.

Por todo ello, en el caso de que la parte contraria solicite en su escrito de demanda medidas cautelares, procederemos a oponernos a ellas.

### **3.4. Valor probatorio del informe elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar**

Una de las principales vías para demostrar las irregularidades contables de Habanera para incrementar el EBITDA del ejercicio de 2019 es el informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar.

Entendemos que el hecho de que dicho informe lo hayan realizado los contables de la entidad demandante o compradora pueda carecer de un alto valor probatorio para demostrar las irregularidades contables, dado que no está considerado como un documento público en el artículo 317 LEC.

En este sentido, debemos hacernos fuertes en que el referido informe aportado como prueba documental cumple, y por tanto, no se acoge a lo expuesto en el artículo 283 LEC, que regula la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria, debiendo por tanto admitirse dicho informe al considerar que el mismo puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

No obstante, la parte demandada tratará de impugnar el informe a toda costa, en este caso tendremos la necesidad de probar que este documento no solo es auténtico, sino que se reflejan en el mismo los estados contables veraces de Habanera, eso se puede hacer mediante el artículo 326.2 LEC, pudiendo demostrar a través de otro medio de prueba que nuestro documento es auténtico y es una prueba fundamental para hacer valer nuestro derecho.

Además, cabe mencionar lo establecido en el artículo 427.1 LEC, donde expresa que las partes deberán pronunciarse en la audiencia previa acerca de los documentos aportados por estas, declarando si se admiten o impugnan o reconocen, también se podrá proponer una prueba para verificar que es un documento auténtico.

A mayor abundamiento, la parte demandada también podrá no reconocer el valor probatorio del informe, en este caso no se pondrá en duda la veracidad del documento, impugnando el mismo en cuanto a su valor probatorio, dicha conducta no está reconocida en la LEC, sin embargo, a través de ello se intentará poner en duda su contenido. Por lo tanto, lo más probable que suceda en relación con el informe aportado a la demanda, es que no se reconozca su valor probatorio al haber sido realizado por el departamento de contabilidad de la parte demandante, es decir, no se impugna su autenticidad, sino el valor probatorio de dicho informe.

Un ejemplo de esta situación en el acto de la audiencia previa podría ser la siguiente:

*“Esta parte no reconoce el valor probatorio del documento (informe de la contabilidad) aportado por la parte demandante”.*

*“No se impugna el documento aportado de adverso en cuanto a su autenticidad y autoría, si bien, no se reconoce su contenido y valor probatorio”.*

Frente a esta circunstancia, formularemos recurso de reposición oral en el acto de la audiencia previa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 285 LEC, expresando en el mismo que dicha prueba que se pretende impugnar o de la que se duda de su valor probatorio, es completamente veraz y además resulta imprescindible para defender nuestros intereses, cumpliendo así con la carga probatoria recogida en el artículo 217 LEC. Frente a la inadmisión de este recurso de reposición cabe formular protesta a efectos de la segunda instancia.

Por ello, debemos advertir que lo mas recomendable para hacer fuerte como medio de prueba el referido informe, sería necesario solicitar otro informe financiero llevado a cabo por un tercero o un informe pericial que verdaderamente acredite la realidad contable de la mercantil Habanera.

Además, tendremos muy en cuenta que el informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar se llevó a cabo pasado el 31 de diciembre de 2019, por lo que en dicho informe se reflejan las verdaderas magnitudes contables al estar el ejercicio cerrado.

En este sentido, la valoración del EBITDA de manera correcta se debe a que en marzo de 2020 cuando se reúnen los representantes de Sigaar y Greed Group las cuentas del ejercicio de 2019 están cerradas de modo que en el referido informe se refleja la contabilidad real de Habanera al cierre del ejercicio.

A mayor abundamiento, podríamos advertir que Habanera tiene la obligatoriedad de formular las cuentas anuales, dicha obligación se establece en el artículo 253 LSC:

*“Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados”.*

Por ello, las sociedades mercantiles como Habanera en las que coincide el cierre del ejercicio con el año natural, es decir, el cierre del ejercicio tiene lugar el 31 de diciembre de 2019, tienen como plazo obligatorio para formular las cuentas anuales hasta el 31 de marzo del año siguiente.

Sin embargo, como consecuencia de la crisis del Covid-19 y la declaración del estado de alarma se aprobó el Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo que suspendió el plazo para formular las cuentas anuales hasta la finalización del estado de alarma, dicho decreto expone lo siguiente:

*“El plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social para que el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica obligada formule las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, y, si fuera legalmente exigible, el informe de gestión, y para formular los demás documentos que sean legalmente obligatorios por la legislación de sociedades queda suspendido hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha”.*

Consideramos especialmente relevante la formulación de las cuentas anuales de Habanera, puesto que en ellas se reflejan las magnitudes contables reales y el correcto cierre contable efectuado a día 31 de diciembre de 2019 con el correspondiente recuento de existencias, dotación de amortizaciones, posibles dotaciones de morosos y otras provisiones, es decir, se muestra el fiel reflejo de la situación contable de Habanera.

Por ello, sería interesante para demostrar el valor probatorio del informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar un estudio comparativo con relación a lo expuesto en las cuentas anuales del ejercicio de 2019 de Habanera.

Entendemos que a pesar de los retrasos provocados en la formulación de cuentas debido a la crisis del Covid-19 las cuentas anuales de Habanera tenían la obligación de haberse formulado con fecha de 31 de octubre de 2020, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 19/2020, dado que se otorgó un plazo de tres meses para formular las cuentas anuales comenzando dicho plazo el 1 de junio de 2020.

No obstante, lo verdaderamente interesante como hemos venido indicando es que el informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar tiene en cuenta la contabilidad de Habanera con el ejercicio de 2019 ya cerrado, lo que impide la existencia de irregularidades contables o manipulaciones que pretendan incrementar el EBITDA como pueden ser el aumento de la valoración de las existencias, ocultación de diversos gastos o bien haber realizado un posible aumento ficticio de los ingresos que no hubieran podido ser percibidos en octubre o diciembre de 2019 en el informe de revisión financiera de Pufosa o bien en el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente.

### **3.5. Responsabilidad de los administradores de Greed Group/Habanera**

La demandada tratará de justificar que no tiene lugar la acción individual de responsabilidad de los administradores dado que actuaron de acuerdo a los deberes de diligencia y lealtad exigidos en la LSC.

En primer lugar, consideramos que la demandada alegará que los administradores de la sociedad realizaron sus deberes de manera diligente, acreditando su actuación en los artículos 225 y 226 LSC.

El artículo 225 LSC dice lo siguiente:

*“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.*

*2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

*3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.*

En este sentido, la demandada argumentará que los administradores de la sociedad cumplieron todos y cada uno de los requisitos enumerados en dicho artículo, que como hemos visto de ningún modo los administradores actuaron de manera diligente, siendo las irregularidades contables cometidas un claro ejemplo de no cumplimiento del deber de diligencia.

En cuanto a lo expuesto en el artículo 226 LSC:

*“1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.*

*2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”.*

De igual modo, alegarán que los administradores actuaron siguiendo los valores de la buena fe, de un ordenado empresario, sin embargo, todo lo contrario, dado que no creemos desde esta parte que exista buena fe cuando se pretende que su futuro socio o accionista pague más por el precio de las acciones mediante el falseamiento de la contabilidad o bien, no mostrarle la imagen fiel de los estados contables de la empresa de la cual pretende adquirir las acciones.

En segundo lugar, la misión del demandado será igualmente fundamentar que cumplieron con el deber de lealtad exigido, atendiendo a lo expuesto en el artículo 227.1 LSC

*“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.*

En este sentido, justificaran que en ningún momento existieron irregularidades contables en Habanera, de manera que obraron de buena fe entregando a la entidad compradora el informe de revisión jurídica que además arrojó el mismo resultado que el informe de auditoría y el del experto independiente.

Por ello, debemos acreditar que efectivamente existieron o se cometieron irregularidades contables en Habanera por parte de su consejo de administración para incrementar el EBITDA, mostrando así una imagen de empresa sólida, que no solo motivó la decisión de Sigaar de comprar las acciones, sino que además pagó un mayor precio por ellas, demostrando así la no existencia de buena fe y falta de diligencia de los administradores, teniendo como resultado la responsabilidad individual de los administradores.

Con el fin de concluir, consideramos o prevemos una posible contestación por la parte demandada argumentando que efectivamente obraron de acuerdo con los deberes exigidos a los administradores de diligencia y lealtad.

### **3.6. Cláusula de Manifestaciones y garantías**

En este caso, la demandada tratará de acreditar que de ningún modo existió un incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías firmada por ambos, en la que Greed Group como parte vendedora declaró que los estados contables y financieros de Habanera eran verdaderos, que como hemos podido comprobar esto no era así.

En este sentido, la demandada para defenderse de estas pretensiones centrará sus alegaciones en el resultado de los tres informes realizados previamente a la compraventa, teniendo el mayor peso el informe de revisión financiera realizado por la firma de auditoría Pufosa.

Por ello, al haberse realizado dicho informe y haberse basado en el mismo Sigaar para el pago por el precio de las acciones de Habanera, no existe ningún incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías en consecuencia de los vicios ocultos de la verdadera contabilidad de Habanera.

Parece fácil probar por la demandada la no existencia de vicios ocultos y por tanto el cumplimiento de dicha cláusula, sin embargo, debemos hacernos fuertes en que tanto el informe de revisión financiera realizado por los auditores como el informe del experto independiente se llevaron a cabo teniendo en cuenta la situación patrimonial de la empresa a octubre y diciembre del 2019, no estando en ninguno de los casos las cuentas del ejercicio 2019 cerradas, por lo que pudieron cometerse irregularidades contables imposibles de detectar por ambos profesionales.

Además, como hemos venido exponiendo a lo largo de este escrito es evidente que Greed Group ha incumplido la cláusula de manifestaciones y garantías lo que tiene como consecuencia directa que se produzca un verdadero incumplimiento contractual por la parte vendedora, debiendo demostrar que los estados contables de los que presumía Greed Group que arrojaban una imagen fiel, no eran reales.

### **3.7. Doctrina de los actos propios**

Con relación a la posible invocación de la teoría o doctrina de los actos propios por parte de la entidad Greed Group, entendemos que claramente no procede su aplicación, puesto que, de haber conocido la realidad de los estados contables, nunca se hubiera aceptado el importe del EBITDA que da lugar al precio satisfecho por la adquisición de las acciones objeto de la compraventa.

En el presente caso, no existe una incoherencia con la conducta llevada a cabo, sino que estamos en presencia de la modificación de unos parámetros como consecuencia de haber comprobado la manipulación de unos estados contables que nos conducen a error, y por tanto ante ese nuevo escenario se debe emplear una actuación diferente, motivada por las diferencias contables y económicas que han dado lugar a esa nueva situación que indicamos.

Estaríamos ante un absurdo jurídico, sino pudiéramos rectificar o corregir lo realizado, y más cuando se ha comprobado que las circunstancias que justificaban nuestros actos no respondían

a la realidad que posteriormente se ha podido comprobar, mediante hechos como el informe elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar.

De ningún modo, se ha vulnerado la doctrina de los actos propios, puesto que no existe un cambio de conducta, sino una reacción a la comprobación de la alteración que se había llevado a cabo en los datos reales de la compañía, generado por los administradores de la misma.

En nuestro caso concreto es evidente que no se cumplen los requisitos que exige este principio general del derecho para su aplicación. Fundamentalmente no puede existir un nexo causal puesto que se han conocido circunstancias que no hacen incompatible la nueva conducta llevada a cabo por Sigaar. Además, aunque pueda existir una aparente contradicción entre los actos anteriores y posteriores, aquí la contradicción opera únicamente como consecuencia un diferente resultado en la valoración del EBITDA de la sociedad que solamente se ha podido conocer cuando se ha tenido un acceso directo a los estados contables de la misma, esta diferencia de resultado motiva y justifica el cambio de conducta de Sigaar.

Por todo ello, como vemos, no se puede ni debe aplicarse la doctrina de los actos propios ya que no puede existir la vinculación de un hecho a su autor, ya que han existido unos hechos y circunstancias posteriores que modifican completamente la situación que nos llevo a esos actos, por lo que no es posible mantener la misma conducta en un escenario totalmente diferente.

## **BIBLIOGRAFÍA** (Por orden alfabético).

Abad Navarro, M.C. (2017). El uso del EBITDA y sus limitaciones: reflexiones sobre la Opinión Emitida 4/2016 de la Comisión de Principios y normas de Contabilidad de AECA. AECA. Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 118, 3-6.

Águila-Real, J. A. (2016, 20 julio). Responsabilidad contractual del auditor. Derecho Mercantil.

Alonso Soto, R. (2018). La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales. Gómez-Acebo & Pombo.

Báscones Ramos, J. M. (2010). La responsabilidad civil de los auditores | Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos. ASOCEX.

De Miquel Berenguer, J. (2014, 9 enero). Responsabilidad civil de los auditores. Luces y sombras - Auditoría & Co., El portal de la auditoria.

F. Gómez Pomar y M. Gili Saldaña. (2018) Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. Sebastián Quetglas, R (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 419-433) Wolters Kluwer.

García-Villarrubia, M. (2019). Los grupos de casos de acuerdos abusivos, El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, n.º 76.

Gómez Pomar, F. (2007, julio). El incumplimiento contractual en Derecho Español. InDret Revista para el análisis del derecho.

González Martínez, T. (2017, 26 abril). Contrato de compraventa: manifestaciones y garantías (o REPs and WARRANTIES). Ferreras Higuero Abogados.

J. Tortuero Ortiz. (2018) El contrato de compraventa de acciones. Sebastián Quetglas, R (Ed.2ª), Manual de fusiones y adquisiciones de empresas (pp. 361 a 362) Wolters Kluwer.

La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia. (2018, 17 mayo). El Derecho.

Mesa, J. M. (s. f.). La carta de intenciones en las fusiones y adquisiciones. Mariscal Abogados

Pequerul Rami, M. (2014, 13 enero). ¿Juzgados de Primera Instancia o Juzgados de lo Mercantil? Despacho de Abogados en Madrid y Barcelona | Ceca Magán Abogados.

Sánchez-Calero Guilarte, J. (2015, 19 mayo). STS: ajustes contables y responsabilidad de administradores y auditores. Juan Sánchez-Calero Guilarte.

Villarreal, A. M. (2010). La responsabilidad civil del auditor. Dialnet.

1&1 IONOS España S.L.U. (2020, 10 diciembre). Ebitda. IONOS.