



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

MÁSTER UNIVERSITARIO DE
DERECHO DE LA EMPRESA

Autor: Carlos González Díaz

Tutor: Guillermo José Guerra Martín

Madrid, enero de 2021

ÍNDICE

1. INFORME- SIGAAR, BV SOBRE LAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS Y CUESTIONES MATERIALES Y PROCESALES A CONSIDERAR.....	1
1.2 CUESTIONES PROCESALES.....	3
1.2.1 Competencia y jurisdicción.....	3
1.2.2 Legitimación.....	5
1.2.3 La figura del litisconsorcio.....	6
1.2.4 Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC.....	7
1.2.5 Medidas cautelares.....	7
1.2.6 Medios de prueba.....	9
1.3 CUESTIONES MATERIALES.....	11
1.3.1 Base jurídica de la posible demanda.....	11
1.3.1.1 Reclamación de daños por el falseamiento de la contabilidad de HABANERA.....	11
1.3.1.2 Responsabilidad de los administradores.....	13
1.3.1.3 Responsabilidad de la firma de auditoría.....	15
1.3.1.4 Responsabilidad del Sr. Gekko.....	16
1.3.2 Base jurídica de la posible contestación a la demanda. Argumentos de la parte contraria.....	18
1.3.3 Mancomunidad y solidaridad de los administradores.....	20
1.3.4 Valoración de la Joint Venture.....	21
1.3.5 Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos.....	22
1.3.6 Valor probatorio de los correos electrónicos.....	24
1.3.7 Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños.....	25
2. ESCRITO DE DEMANDA.....	28
3. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE CONTESTACIÓN DE LA PARTE CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN.....	46
3.1 PREVISIÓN DE CONTESTACIÓN.....	46
3.1.1 Responsabilidad de PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. en la elaboración del informe.....	46
3.1.2 Responsabilidad de SIGAAR en la elección de la firma de auditoría.....	47
3.1.3 Ineficacia e invalidez del informe del departamento de contabilidad de SIGAAR.....	47
3.1.4 Ausencia de daño a SIGAAR y doctrina de los actos propios.....	48
3.1.5 Falta de pruebas de la vulneración de la Ley de Competencia Desleal por el Señor Gordon Gekko.....	49
3.2 POSIBLE RECONVENCIÓN.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52

1. INFORME- SIGAAR, BV SOBRE LAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS Y CUESTIONES MATERIALES Y PROCESALES A CONSIDERAR

En vista de los hechos acontecidos en los últimos tiempos y teniendo en cuenta la precaria situación en la que se encuentra su sector de negocio, desde nuestro despacho hemos elaborado el presente informe, teniendo siempre presente tanto las cuestiones procesales como las materiales que puedan ser de importancia para la toma de decisiones. El mismo tiene por objeto definir y estructurar la mejor alternativa estratégica para su empresa ante la situación que se nos presenta, así como analizar las diferentes opciones que existen para superar esta crisis.

1.1 ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS

En primer lugar, atendiendo a los hechos relatados, hemos podido diferenciar tres posibles **alternativas estratégicas**:

- 1) No emprender ninguna acción legal. Esta es una opción que debe ser considerada, ya que el hecho de iniciar acciones judiciales supone unos costes económicos importantes y no asegura un pronunciamiento judicial favorable. SIGAAR BV debe estudiar los medios de los que dispone y determinar si son suficientes para asumir el riesgo que siempre supone el inicio de un procedimiento. Gordon Gekko ha sido despojado de todas sus funciones de gestión en la NEWCO y SIGAAR controla el 95 % del capital de la compañía, pudiendo adoptar las medidas que considere oportunas para revertir la situación económica actual y sin tener que hacer frente a otros gastos extraordinarios.
- 2) Alcanzar un acuerdo. El alcanzar un acuerdo con la parte contraria puede resultar utópico considerando las crecientes tensiones pero también algo beneficioso para ambas partes si realmente se pudiera lograr. Buscar un punto intermedio en el que GREED GROUP S.A. pueda seguir aportando sus contactos y conocimiento del mercado caribeño y español en la gestión de HABANERA S.A.U. es una alternativa a tener en cuenta. Para alcanzar este cometido tendrían que estar dispuestos a ceder en sus posturas y a buscar un espacio en el que ambas partes

vieran satisfechas sus necesidades, a modo de ejemplo, cabría plantearse la readmisión de Gordon Gekko en el desempeño de sus funciones o la aceptación de la valoración inicial que se hizo del EBITDA de HABANERA S.A.U. Esta alternativa también cuenta con la ventaja que supone eludir el riesgo de un litigio, aunque habría que hacer frente a los costes que acarrear los medios alternativos de resolución de conflictos. En el ámbito de esta opción tendrían que elegir entre la conciliación, la mediación, o el arbitraje como medios para alcanzar un posible acuerdo que cuente con las garantías propias de un pronunciamiento judicial.

- 3) Iniciar acciones judiciales. A la hora de considerar esta alternativa es importante centrarse en los elementos fundamentales que pueden respaldar el procedimiento, es decir, la base jurídica de la demanda. Considerando los hechos acontecidos y la situación en la que se encuentra el sector parece evidente que los daños económicos ocasionados a SIGAAR son relevantes y suficientes para justificar el inicio de un procedimiento judicial. Sin embargo, habría que analizar en que medida la actuación de SIGAAR ha podido ser también un desencadenante del daño que se le ha ocasionado. En vista de todo lo anterior, resultará fundamental valorar la capacidad de probar el daño ocasionado como consecuencias de las acciones irregulares cometidas por las demás partes, así como la verdadera existencia de estas acciones contrarias a la legalidad, para así poder depurar responsabilidades.

Una vez analizadas las tres alternativas estratégicas expuestas, desde nuestro despacho consideramos que el inicio de acciones judiciales es la más adecuada para sus intereses. Parece claro que el falseamiento de la contabilidad al valorar HABANERA S.A.U. es fácilmente acreditable y que las actuaciones del Señor Gekko en el ejercicio de sus funciones han sido irregulares. Todos estos hechos se pueden probar y generar responsabilidades que den lugar a indemnizaciones. El clima de crispación que existe en la compañía NEWCO, acrecentado por la situación económica del sector, convierten al inicio de acciones judiciales en la opción más favorable para sus intereses. Considerando lo anterior, los perjuicios económicos generados deben tener respuesta, y consideramos que la mejor y más efectiva manera de dar esta respuesta es acudiendo a la vía judicial.

1.2 CUESTIONES PROCESALES

Optar por el inicio de acciones judiciales nos hace considerar algunas **cuestiones procesales** que pueden resultar relevantes a lo largo del procedimiento.

1.2.1 Competencia y jurisdicción

A la hora de fijar la competencia y jurisdicción para conocer el caso, es decir, frente a qué órgano judicial habría que interponer la demanda, debemos diferenciar entre las diversas opciones que nos asisten como demandantes.

En primer lugar, tanto si nos dirigimos contra GREED GROUP por el presunto delito de falseamiento de la contabilidad de su filial, HABANERA, como contra los administradores de la propia filial, tendremos que acudir al orden penal. El falseamiento de la contabilidad es un delito tipificado en el artículo 290 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, “CP” o “Código Penal”), que dispone que *“los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”*

En el orden penal, la competencia para conocer del caso le corresponde a los juzgados de lo penal de Madrid, en atención a las normas de competencia objetiva y funcional penal, al tratarse de un delito que se castiga con una pena privativa de libertad de uno a tres años y multa de seis a doce meses. En lo que a la competencia territorial se refiere, los juzgados de Madrid serán los competentes para conocer del caso al tratarse de un delito patrimonial y ser Madrid, donde radica el domicilio social de GREED GROUP, el lugar en el que presuntamente se han llevado a cabo los actos de apoderamiento.¹ La competencia territorial en el orden penal es de carácter imperativo y se determina *ex lege*, es decir, por ley, motivo por el que no cabe ni tan siquiera plantearse la efectividad de la

¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985)

cláusula de sumisión expresa que se contempla en el contrato suscrito entre nuestro SIGAAR y GREED GROUP.

Junto con la responsabilidad penal que se derive del delito también hemos de reclamar la responsabilidad civil ligada al mismo, que podremos ejercitar en el seno del propio proceso penal o reservarla para ejercitarla en un procedimiento civil posterior. Esta responsabilidad civil, es la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, regulada en los artículos 109 y 110 CP. En el caso de optar por reclamar la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito en un procedimiento posterior la competencia para conocer del caso le correspondería a los de Primera Instancia de Valencia, en virtud del artículo 85 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”). En el campo civil opera la cláusula de sumisión expresa que SIGAAR ha acordado con GREED GROUP en el contrato para resolver las controversias que del mismo pudieran surgir.

Otra de las opciones de las que disponemos consiste en dirigirnos contra PUFOSA ASESORES FINANCIEROS por considerar que ha actuado de forma negligente a la hora de elaborar el informe de revisión financiera. En este caso, no operaría la cláusula de sumisión expresa acordada en el contrato suscrito entre SIGAAR y GREED GROUP, ya que PUFOSA no es parte de este contrato.

Cuestión distinta sería la de optar por iniciar únicamente acciones judiciales por las actuaciones del S. Gekko tendentes a desviar la clientela de la NEWCO. En este supuesto operaría la cláusula de remisión expresa pactada en los contratos de operación y, consecuentemente, serían los Juzgados de lo Mercantil de Valencia los que tendrían competencia para conocer el caso, ya que, en virtud del artículo 86 ter. apartado 2 letra a) LOP, serán los Juzgados de lo Mercantil quienes conozcan de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de *“las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.”*

La sumisión expresa a la que hacemos referencia de forma constante en el análisis realizado se produjo por vía contractual en virtud de la cláusula que se estableció en los contratos, por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia. Este pacto es una manifestación de voluntad de las partes procesales, vinculando la resolución de los conflictos que puedan surgir a los órganos jurisdiccionales de un territorio concreto. La sumisión expresa se encuentra regulada en el artículo 55 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC” o “Ley de Enjuiciamiento Civil”) cuando señala que "Se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se someten". Las cláusulas de sumisión expresa sólo serán válidas para determinados procedimientos civiles, descartando su validez en procesos penales y en aquellos civiles que se encuentran excluidos en virtud del artículo 54 LEC.

Antes de continuar con el análisis del resto de las cuestiones que en este informe van a ser tratadas debemos destacar el hecho de que el mismo se basa en la presunción de que la responsabilidad civil que se deriva del delito va a ser reservada y ejercitada en un procedimiento civil posterior, una vez el proceso penal se encuentre concluso. La afirmación anterior debe ser tenida en cuenta puesto que el análisis se centra en cuestiones de índole civil y en el ejercicio de la responsabilidad civil. Cuando hemos ejercido el derecho que les corresponde de reservarse la acción civil, el tribunal penal no tendrá competencia para fijar ningún tipo de indemnización derivada de los hechos, y es por ello por lo que acudimos a la vía civil, aunque no podemos olvidar el hecho de que los tribunales civiles tendrán en cuenta aquello considerado probado a los tribunales penales y las normas de aplicación del Código Penal.

1.2.2 Legitimación

En lo que se refiere a la legitimación, el artículo 10 LEC considera partes legítimas a quienes comparecen y actúan en el juicio como titulares de la relación jurídica. Este artículo 10 está haciendo referencia a lo que la doctrina conoce como legitimación *ad causam*, legitimación que se debe ver acompañada de la necesidad de que las partes tengan la capacidad procesal que hace referencia a la aptitud para comparecer en juicio, legitimación *ad procesum*. Entendemos entonces que la legitimación en el proceso es la

vinculación de la parte con el objeto litigioso independientemente de que la pretensión que se ejercite en relación al mismo luego pueda ser o no estimada, así como la necesidad de que el sujeto reúna las condiciones procesales necesarias para ser parte en un determinado proceso. Conviene también diferenciar ahora entre la legitimación activa y la pasiva, refiriéndose la primera al actor o demandante del proceso y la segunda a la que se predica del demandado.²

En atención a lo expuesto en el párrafo anterior parece claro que SIGAAR ostenta legitimación activa por estar vinculada con el objeto litigioso, siempre y cuando cumpla con los requisitos procesales necesarios, es decir, siempre y cuando cuente con capacidad para ser parte (personalidad jurídica civil) y con capacidad de obrar procesal (capacidad para comparecer en juicio), reguladas en los artículos 6 y 7 LEC, respectivamente. Del mismo modo, el Señor Gordon Gekko, la firma de auditoría PUFOSA ASESORES FINANCIEROS y los administradores de la mercantil GREED GROUP S.A. ostentan legitimación pasiva.

1.2.3 La figura del litisconsorcio

En este contexto conviene resaltar la figura del litisconsorcio, regulado en el artículo 12.2 de la LEC, en el cual se exige demandar conjuntamente a todos los sujetos frente a los que tiene sentido o es eficaz la tutela jurisdiccional que se está solicitando. Lo que se pretende es evitar que la sentencia que se pudiera producir afecte a algunas personas físicas o jurídicas que no han sido parte en el proceso ni han tenido la posibilidad de ser oídas y defenderse, eliminando así las posibles resoluciones contradictorias sobre un asunto.

El litisconsorcio no parece ser necesario en el caso que nos ocupa, ya que la resolución judicial no tiene por qué afectar directamente al derecho de varios sujetos si sólo nos dirigimos contra uno de ellos, es decir, la sentencia que recaiga en el pleito tiene que afectar inexcusablemente a personas que no han sido llamadas al mismo para que el

² *Legitimación*, Guías Jurídicas Wolters Kluwer (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ1NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAz0sn9TUAAAA=WKE; última consulta 9 de enero de 2021)

litisconsorcio sea necesario, y esto será posible cuando exista un vínculo tan normal y directo que no puede emitirse el fallo sólo para los demandados (STS 28 de marzo de 1996)³, cuestión que no se produce en el caso que nos presentan. Al margen de que no estemos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, consideramos que es posible dirigirse contra todos los posibles demandados, en uso del litisconsorcio pasivo simple que la ley autoriza por un principio de armonía y economía procesal. Es el artículo 12 de la LEC, en su apartado primero, el que justifica la posibilidad de utilizar la figura del litisconsorcio pasivo simple cuando dispone que pueden comparecer en juicio varias personas, como demandantes o demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir, en este caso, los daños ocasionados a SIGAAR como consecuencia del contrato firmado el 20 de diciembre de 2019.

1.2.4 Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC

El artículo 248.1 de la LEC reconoce que *“toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda”*. Por su parte, el apartado segundo de ese mismo artículo fija como procedimientos declarativos el juicio ordinario y el juicio verbal, y el tercer apartado establece que las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia. En este sentido, entendemos que el procedimiento a seguir de conformidad con la LEC será el del juicio ordinario al tratarse de una demanda cuya cuantía va a exceder de seis mil (6.000) euros (art. 249.2 LEC). A la hora de determinar la cuantía hemos considerado la cantidad de dinero que vamos a reclamar, de acuerdo con el artículo 251.1 de la LEC. La valoración del EBITDA en 972.222 euros en lugar de en la cuantía a la que realmente ascendía, 771.460 euros, supone una diferencia de 1.606.096 euros en la cantidad abonada por las acciones de HABANERA S.A.U, cuantía que junto a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios se va a reclamar en la demanda.

1.2.5 Medidas cautelares

³ Sentencia 245/1996 del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1996

Existe la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, de conformidad con lo establecido en el artículo 721 LEC, que reconoce que el actor puede solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. Así, lo que estas medidas pretenden no es otra cosa que el asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en supuestos en los que existan situaciones que pudieran provocar que esta tutela se viese impedida o dificultada.

Para adoptar medidas cautelares en el proceso civil es necesario cumplir con los requisitos establecidos doctrinalmente y que se fijaron en la Sentencia de la AAP Valencia, de 9 de septiembre de 2015.⁴

- La apariencia de buen derecho, art. 728.2 LEC (*fumus boni iuris*). Esto supone que al solicitar las medidas cautelares también tendremos que presentar los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar la necesidad de las medidas solicitadas.
- Peligro que supone la mora procesal, art 728.1 LEC (*periculum in mora*). Esto supone que únicamente podremos solicitar medidas cautelares si conseguimos justificar que podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la sentencia que pudiere otorgarse.
- Necesidad de caución, 728.3 LEC. Esta caución tendrá como objetivo el poder responder de los daños que la adopción de la medida pueda causar al patrimonio del demandado.
- Sí las solicitamos con anterioridad a la demanda, es necesario acreditar razones de urgencia y necesidad que hagan imposible esperar a solicitarlas en el momento de presentar la demanda.

El artículo 727 de LEC es el que se encarga de enumerar las medidas cautelares que se pueden adoptar en el proceso civil. De entre todas ellas cabe destacar el embargo preventivo de bienes, ya que es muy posible que la condena consista en la entrega de una cantidad de dinero. También cabría la posibilidad de solicitar la adopción de otras medidas que resultarán útiles para asegurar la efectividad de la sentencia, como puede ser la formación de inventarios de bienes. Al tratarse un proceso que va a derivar en una sanción económica, y considerando la precaria situación económica en la que se

⁴ Sentencia 181/2015 de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de Septiembre de 2015

encuentran las empresas que se pueden ver afectadas por el fallo, las medidas cautelares deben actuar como un medio para asegurar que la sentencia puede hacerse efectiva.

Las medidas cautelares se solicitarán normalmente junto con la demanda, aunque también se podrán solicitar antes si se alegan razones de urgencia o necesidad. Una vez solicitadas, el tribunal, como regla general, proveerá a la petición previa audiencia al demandado en una vista, en la que este, al igual que el demandante, podrá exponer lo que convenga a su derecho sirviéndose de cuantas pruebas disponga, que se admitirán y practicarán si fueren pertinentes. Por otra parte, si la medida cautelar se hubiese adoptado sin audiencia del demandado por haber existido razones de urgencia y necesidad, este podrá formular oposición a la medida en el plazo de 20 días desde la notificación del auto en el que se acuerda las medidas cautelares, de acuerdo con el artículo 739 LEC. Las causas que podrá alegar el demandado para esta oposición son todas aquellas que se opongan a la procedencia, sin limitación alguna, como así reconoce el artículo 740 LEC.

1.2.6 Medios de prueba

Una vez se tiene conocimiento con exactitud de los extremos que deben ser objeto de prueba, es necesario proponer los medios que son más idóneos para comprobar aquello que se pretende acreditar, es decir los medios de prueba. La proposición de la prueba se lleva a cabo en la audiencia previa, expresando cada uno de los diferentes medios de prueba de los que nos pretendemos hacer valer. La proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación, consignando el domicilio de las personas que han de ser citadas, en su caso, para la práctica de la prueba, artículo 284 LEC. Para el caso de que no dispongan las partes de algunos datos relativos a dichas personas al proponer la prueba, podrán aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes, como así establece el mismo artículo en su último párrafo.

Los medios de prueba que se pueden practicar en un proceso civil están recogidos en el 299 LEC, si bien este artículo deja la puerta abierta a cualquier otro medio posible. En el caso que nos ocupa consideramos que los medios de prueba más adecuados para acreditar nuestra postura son los siguientes:

- Interrogatorio de las partes. Se trata de la prueba consistente en la declaración recabada judicialmente por una parte litigante de otra opuesta a ella o del titular

de la relación jurídica controvertida sobre hechos de su conocimiento personal relacionados con el objeto del proceso con el fin de fijar a efectos probatorios su certeza o falsedad. Así, podremos mediante este medio de prueba solicitar el interrogatorio de partes, entre las que se encuentra el señor Gordon Gekko, al que deberemos preguntar sobre la desviación de la clientela, al tratarse de una actuación constitutiva de un posible delito de competencia desleal. Del mismo modo, deberemos considerar interrogar a los administradores de GREED GROUP, como posibles responsables del falseamiento de la contabilidad de la filial HABANERA S.A.U.

- Consideramos que también podría resultar conveniente el interrogatorio de la empresa PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, como persona jurídica, por su posible responsabilidad en el falseamiento de las cuentas de HABANERA, S.A.U. Normalmente declarará su representante, aunque si este no hubiese intervenido en los hechos controvertidos deberá facilitar la identidad de la persona que intervino.
- Documentos privados. Estos documentos deberán ser aportados siempre con la demanda (art. 269.1 LEC), motivo por el que en el juicio bastará con hacer una referencia a los ya aportados interesando que se tengan por reproducidos. Sin embargo, es posible aportar los documentos con posterioridad a la demanda siempre que se den los supuestos recogidos en los artículos 270.1, 435.1.3º y 330 LEC. Convendrá aportar en la demanda como medio de prueba el informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR, en el que se calculaba un EBITDA inferior al utilizado para calcular la cantidad a abonar por las acciones de HABANERA. Asimismo, resultará también conveniente aportar el informe originario con el análisis de los datos contables que fueron utilizados por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS. De este modo conseguiremos probar las diferencias entre ambos informes, demostrando así como se pretendió incrementar el EBITDA de HABANERA, S.A.U para aumentar el precio de sus acciones.
- Dictamen de peritos. Se trata de un medio de prueba en virtud del cual el perito o peritos suministran al Juez o Tribunal los conocimientos necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto enjuiciado, o adquirir certezas sobre los mismos (art.335.1 LEC). Llegados a este punto, debemos considerar solicitar como medio de prueba el dictamen de un perito con conocimientos

técnicos-económicos que pueda arrojar luz sobre los informes utilizados para calcular el EBITDA de HABANERA, S.A.U.

- Interrogatorio de testigos. En virtud de este medio de prueba el testigo declara ante el Juez o Tribunal sobre su percepción y conocimiento acerca de unos hechos y circunstancias relacionadas con lo que es objeto de juicio, como así dispone el artículo 360 LEC. Podría resultar oportuno solicitar el interrogatorio de aquellos trabajadores pertenecientes a GREED GROUP S.A. o a PUFOSA ASESORES FINANCIEROS que puedan tener conocimiento o estén relacionados con los hechos controvertidos, es decir, con la operación por la que SIGAAR adquirió HABANERA.

1.3 CUESTIONES MATERIALES

Junto con las cuestiones procesales, antes de dar inicio a las correspondientes acciones judiciales también deben ser consideradas por resultar fundamentales las **cuestiones materiales** que sustentan el procedimiento.

1.3.1 Base jurídica de la posible demanda

1.3.1.1 Reclamación de daños por el falseamiento de la contabilidad de HABANERA

En primer lugar, la posibilidad de reclamar daños por el falseamiento de la contabilidad de HABANERA es el sustento del procedimiento. El informe sobre la contabilidad de HABANERA que realizó PUFOSA arroja unos resultados que no se corresponden con la realidad captada por SIGAAR, y que han supuesto un incremento de 1.606.906 euros en el precio que SIGAAR pagó para adquirir el 75% de HABANERA. PUFOSA es una firma que goza de reconocido prestigio en su ámbito de ocupación, por lo que presumiblemente la discrepancia en los resultados derivados del análisis de la contabilidad de HABANERA encuentran su origen en una actuación fraudulenta de GREED GROUP a la hora de presentar sus cuentas a PUFOSA para la elaboración del informe. Las cuentas de HABANERA entregadas a PUFOSA para la elaboración del informe que se iba a utilizar para fijar el precio de la transacción estaban falseadas con el

claro objetivo de incrementar el EBITDA de la empresa que iba a ser adquirida y así, consecuentemente, el precio que SIGAAR iba a pagar por sus acciones.

La actuación descrita en el párrafo anterior se corresponde con un delito de falseamiento de la contabilidad, regulado en el artículo 290 CP que dispone que *“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”* En la actuación que presuntamente ha llevado a cabo GREED GROUP se dan los dos subtipos que el citado artículo requiere para considerar que se ha cometido el delito: el subtipo de mera actividad (falsedad documental) y el de resultado (perjuicio). Los bienes jurídicos afectados por este tipo delictivo son tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos. La conducta típica, de acuerdo con la Sentencia 655/2010⁵ tiene como núcleo mentir, que es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho”, porque así es como *“se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad”*.

Junto con las penas que se recogen en el artículo 290 CP, destacamos también la posibilidad de ejercitar la acción civil que se deriva de la responsabilidad penal, y que consiste en la obligación que va a tener el autor del delito de reparar económicamente los daños y perjuicios causados al perjudicado por la infracción. Al tratarse, el supuesto que nos ocupa, de una indemnización, los perjuicios comprenderán los daños que se le hayan ocasionado a SIGAAR. Esta responsabilidad civil derivada de la comisión del delito se regula en los artículos 109 y 110 CP, y consistirá en la reparación, restitución del daño e indemnización de los perjuicios que SIGAAR haya sufrido.

⁵ Sentencia 655/2010 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del 13 de julio de 2010

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley permite que la responsabilidad civil se ventile también en el procedimiento penal, o que el perjudicado se reserve el derecho a ejercitarla en un procedimiento civil posterior, como va a ser el caso.

1.3.1.2 Responsabilidad de los administradores

Ahora bien, lo que debemos analizar e intentar esclarecer es qué responsabilidad le corresponde a los administradores de GREED GROUP a la luz de los hechos acontecidos y qué responsabilidad es atribuible a su filial, HABANERA. Consideramos que en este sentido resultará fundamental determinar quién facilitó la información contable de HABANERA a PUFOSA para la realización del informe y quién elaboró esa misma información. Del mismo modo, no podemos dejar de tener en consideración que quien se ha visto beneficiada por la presunta actuación delictiva es la mercantil GREED GROUP y que HABANERA es una filial que se ha podido ver influenciada por las instrucciones de su matriz. Además, resulta definitivo a la hora de atribuirle la responsabilidad por los daños ocasionados a SIGAAR a GREED GROUP el hecho de que, en virtud del artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, “CCom.”) una empresa estará obligada a realizar un informe consolidado y a presentar unas cuentas anuales consolidadas cuando exista una vinculación entre dos o más sociedades que constituya un grupo de sociedades, estando obligada a hacerlo la sociedad dominante (matriz), partiendo de las cuentas individuales de las sociedades que forman el grupo y en las que se han eliminado los saldos y operaciones entre las compañías que lo integran. De esta manera, podemos depurar la responsabilidad por los hechos acontecidos en los administradores de GREED GROUP. Esta cuestión que acabamos de analizar no resulta de gran importancia en el caso que nos ocupa al ser los administradores de GREED GROUP los mismos que los de HABANERA, sin embargo, consideramos conveniente tenerla en mente.

El elemento subjetivo del delito tipificado en el artículo 290 del CP son los administradores de hecho o de derecho. La Sentencia del Tribunal Supremo 5461/2015, de 14 de diciembre de 2015⁶, define el sujeto activo del delito como aquel que tiene “*el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico*”, lo que

⁶ Sentencia 5461/2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del 14 de diciembre de 2015

nos lleva a considerar que en este delito la característica que lo constituye es *“el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”*. Así, resulta claro que son los administradores de GREED GROUP a los que el Código Penal atribuye la responsabilidad y los que en el proceso civil tendrán que hacer frente a la indemnización por los daños o perjuicios que hayan ocasionado.

Además, el Código Penal refuerza esta responsabilidad que se le atribuye a los administradores de GREED GROUP en su artículo 31, que dispone que *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”*

A este respecto resulta también reseñable el hecho de que la responsabilidad penal de una persona jurídica es independiente de la que pueda tener la persona física, pudiendo condenar a una sin que se condene a la otra.⁷ Sin embargo, los administradores responden como personas físicas cuando se les pueda imputar el hecho delictivo de que se trate, ya sea por acción o por omisión, tal y como sucede en el caso que se ha presentado a nuestro despacho en los administradores de GREED GROUP, a los que sin duda se les puede imputar el hecho delictivo.

Junto con lo anterior, debemos destacar que la responsabilidad de GREED GROUP emana de las declaraciones y garantías que se recogieron en el contrato. Las declaraciones y garantías pretendían asegurar la veracidad de la información contable de NEWCO que había sido puesta a disposición del comprador, con el fin de que el riesgo de la compra fuera compartido entre las partes que participaban en la operación. De esta manera, el hecho de que la contabilidad de HABANERA estuviera falseada y no fuera veraz convierte en responsable a GREED GROUP del incumplimiento de las declaraciones y garantías que tendrían que haber cumplido hasta el 20 de diciembre de 2020.

⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE de 25 de julio de 1889)

Esta responsabilidad de GREED GROUP por el incumplimiento de las declaraciones y garantías acordadas faculta a SIGAAR a exigir la responsabilidad de GREED GROUP mediante el ejercicio de las acciones que se recogen en los artículos 1.101 y 1.124 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “CC” o “Código Civil”). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, considerando, en casos de falsedad de este tipo de manifestaciones, que estamos ante un verdadero incumplimiento contractual, que faculta al contratante a quien se dirigieron las manifestaciones y garantías, a acudir a los remedios de los arts. 1101 y 1124 CC (SSTS, 1ª, 30.6.2000⁸ y 19.1.2001⁹).

1.3.1.3 Responsabilidad de la firma de auditoría

En segundo lugar, también cabría plantearse que la responsabilidad de los daños ocasionados a SIGAAR no provenga de las actuaciones de GREED GROUP si no de una actuación negligente de la empresa de auditoría PUFOSA, que aún disponiendo de unas cuentas anuales que reflejaban correctamente la situación económica de la compañía realizaron un informe erróneo. La responsabilidad en la que PUFOSA habría incurrido sería responsabilidad civil contractual, regulada en el artículo 1.101 CC, que dispone que *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”*

En este sentido, conviene también remitirse al contenido de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, “LAC” o “Ley de Auditoría de Cuentas”). Esta Ley dispone en su artículo 26 apartado 1 que *“los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil”*. Asimismo, el apartado segundo del mismo precepto estipula que *“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 (...). La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión*

⁸ Sentencia 671/2000 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 30 de junio del 2000

⁹ Sentencia 1320/2001 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2001

del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.” Así, la responsabilidad que a PUFOSA le corresponderá será la equivalente a los daños económicos que a SIGAAR se le han ocasionado como consecuencia del informe.

Las partes contratantes deben cumplir con lo que se estipula en el contrato y el incumplimiento del contrato, por culpa en el caso que nos ocupa, conllevará la indemnización de daños y perjuicios. Esta culpa a la que hacemos mención se refleja en la falta de diligencia y previsión que se supone que la empresa auditora debe tener en el acto que ha derivado en un incumplimiento de sus obligaciones y genera una obligación de indemnizar.

La Ley de Auditoría de Cuentas atribuye la responsabilidad por la elaboración del informe de auditoría de cuentas a quien lo hubiera realizado, en concreto, es el artículo 5.3 el que dispone que *“El informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos.”* Así, entendemos que PUFOSA, en caso de haber recibido una información contable exacta, será la responsable por los daños que a SIGAAR se le han ocasionado.

1.3.1.4 Responsabilidad del Sr. Gekko

En último lugar, exploraremos la opción de reclamar daños por la actuación del Sr. Gekko que consiste en la desviación de la clientela, con el fin de aclarar si las actuaciones llevadas a cabo por el mismo pueden suponer una conducta propia de competencia desleal. Para dar luz a este asunto nos remitiremos a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, “LCD” o “Ley de Competencia Desleal”), que en su artículo 4.1 cataloga como desleal *“todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*.

Entendemos que los actos de desviación de la clientela punibles y que se encuentran bajo el amparo de este artículo 4 LCD son aquellos que pretenden la captación de clientes valiéndose de la infraestructura de la empresa para la que el sujeto presta sus servicios, logrando así desviar la clientela hacia otra empresa competidora abusando de la confianza y aprovechando la infraestructura, contactos y conocimientos que la empresa en la que todavía prestaba sus servicios cuando realizó la desviación le proporciona. El elemento

esencial que debemos considerar en este punto es el hecho de que el sujeto que realiza la actuación tendente a captar clientela es todavía trabajador de la empresa que se ve perjudicada. En esta línea argumentativa se pronuncia la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2012¹⁰, precisando que una de las manifestaciones que se pueden subsumir en la cláusula general prohibitiva de la Ley de Competencia Desleal son aquellos actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

Cuestión distinta se da en el supuesto de que la competencia la realice una persona que ya no se encuentra ligada con la empresa perjudicada. En este sentido, el Alto Tribunal ha seguido en sus múltiples pronunciamientos una misma línea interpretativa que se refleja con claridad en la Sentencia del 8 de junio de 2009¹¹, en la que dispone que *"no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatarse la clientela al competidor"*. De esta forma podemos afirmar que no estaríamos ante un acto ilícito del artículo 4 LCD si la persona en cuestión no estuviera ligada a la empresa perjudicada en el momento en el que se realizaron las actuaciones pertinentes para captar clientela.

Entonces, para que la actuación pueda calificarse como ilícita en el supuesto de que el trabajador ya no preste sus servicios a la empresa perjudicada ni guarde relación con la misma será necesario que la actuación encuentre su acomodo en el artículo 14 de la LCD (inducción a la infracción contractual), que dispone que *"Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores."* En esta situación habría que analizar si los actos realizados por el sujeto se corresponden con los descritos en el artículo 14 LCD y, en caso de ser así, este artículo 14 será de aplicación preferente al análisis de la conducta bajo el artículo 4 LCD.

¹⁰ Sentencia 9185/2012 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de junio de 2012

¹¹ Sentencia 383/2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2009

De acuerdo con lo recién explicado, a la hora de determinar la responsabilidad del Sr.Gekko, y considerando que realizó la conducta de desviación de la clientela cuando todavía mantenía una relación profesional con la NEWCO, el mismo será responsable de una actuación de competencia desleal de desviación de la clientela en virtud del artículo 4 LCD.

El artículo 32 de la LCD recoge las acciones que se podrán ejercitar contra los actos de competencia desleal. Estas acciones son las siguientes:

- 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.

1.3.2 Base jurídica de la posible contestación a la demanda. Argumentos de la parte contraria

En esta parte del informe vamos a analizar los posibles argumentos jurídicos que presumiblemente la parte contraria utilizará en su contestación a la demanda. El fin de este análisis es prepararles a ustedes (SIGAAR) como a nuestro equipo de la manera más exhaustiva posible para el inicio de las actuaciones judiciales, de tal forma que al inicio de las mismas podamos responder de una forma más consistente a las acusaciones y argumentaciones de la parte contraria.

En primer lugar, resulta probable que durante el curso del litigio la parte contraria intente eliminar su responsabilidad por los años ocasionados atribuyéndole la misma a la firma de auditoría, de forma exclusiva. La firma de auditoría PUFOSA fue la encargada de realizar el informe de revisión financiera que se utilizó de base para calcular el precio a pagar por las acciones de HABANERA y, por lo tanto, la causante del daño patrimonial a SIGAAR. Si bien esto es del todo cierto también lo es que dicho informe fue realizado tomando como referencia unas cuentas anuales que habían sido falseadas y que no reflejaban la situación financiera real de HABANERA, cuestión que deberemos acreditar en el proceso.

En segundo lugar, cabe también la posibilidad de que la representación jurídica de GREED GROUP argumente que la actuación de SIGAAR en el seno de la junta general extraordinaria del 27 de abril de 2020 de la NEWCO por la que se decide llevar a cabo una ampliación de capital por compensación de un crédito es constitutiva de un acto de opresión de la minoría. El artículo en el que la parte contraria basará su argumentación será el apartado segundo del 204.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC” o “Ley de Sociedades de Capital”) que establece que *“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 el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.”* Nuestros esfuerzos se deben centrar en este punto en acreditar que el aumento del capital respondía a una necesidad razonable de la sociedad derivada de la precaria situación económica en la que se encontraba la misma al momento de acordarlo.

Otra de las opciones que asiste a los demandados en su contestación a la demanda es recurrir a la doctrina de los actos propios, que no es otra cosa que la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio.¹² Entonces, los demandados podrán

¹² *Actos propios*, GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER (Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAyKp-hzUAAAA=WKE ; última consulta 9 de enero de 2021)

acudir a la doctrina de los actos propios, ya que como hemos dicho la misma se basa en la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma, sin poder posteriormente adoptar un comportamiento que contradiga dicha declaración, como así dispone el Tribunal Constitucional en su Sentencia del 21 de abril de 1988.¹³ Aplicada a nuestro caso, esta doctrina se traduce en la imposibilidad de que SIGAAR se beneficie del “daño” que la sobrevaloración de las acciones de HABANERA le ha ocasionado para seguidamente proceder con un aumento de capital.

Finalmente, debemos estar preparados para que los abogados de la parte contraria argumenten la falta de veracidad del informe redactado por el departamento de contabilidad de SIGAAR. A este respecto, se requerirá el dictamen de un perito con conocimientos técnicos-económicos con el fin de demostrar que el informe realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR se ajusta a la realidad y, en consecuencia, refleja la situación económica de HABANERA con exactitud.

1.3.3 Mancomunidad y solidaridad de los administradores

La estructura del órgano de Administración de las sociedades que participan de forma activa en la Joint Venture es merecedora de análisis en el seno de este informe, en concreto, especial atención habrá que prestar a la solidaridad en la responsabilidad que ostentan tanto los administradores mancomunados de SIGAAR, como los administradores que integran el Consejo de Administración de GREED GROUP. De conformidad con lo establecido en los artículos 210 LSC y 124 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, “RRM”), la estructura del órgano de administración debe venir definida en los estatutos de las sociedades en cuestión, y puede consistir en: (i) Administrador único; (ii) Administradores individuales; (iii) Administradores mancomunados (solidaridad) o; (iv) un Consejo de Administración.

¹³ Sentencia 73/1988 del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1988

Un Administrador Único, en la actualidad el Sr. Roist, como forma de organización del Consejo de Administración de la NEWCO. Este administrador es el que ostentará individualmente el poder de representación de la compañía.

El órgano de administración de SIGAAR está formado por dos administradores que actúan conjuntamente, el Sr. Fox y el Sr. Roist. Se trata de dos administradores mancomunados que ostentan conjuntamente el poder de representación de la mercantil.

Finalmente, el órgano de administración de GREED GROUP es un Consejo de Administración, presidido por el Sr. Gekko. El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades, tratándose de un órgano colegiado en el que pueden participar accionistas, directivos y consejeros independientes. Siempre que existan dos administradores con facultades mancomunadas es obligatorio que se establezca un consejo (art. 210.2 LSC).

Tanto los administradores mancomunados de SIGAAR como los administradores que forman parte del Consejo de Administración de GREED GROUP responderán solidariamente del resarcimiento del daño que la sociedad pueda haber ocasionado, siempre y cuando hayan sido responsables del mismo o hayan participado en la actuación que lo ha producido. Así, los problemas que puede plantear el hecho de que la sociedad se encuentre gestionada por una pluralidad de personas que actúan como un órgano colegiado los resuelve la Ley de Sociedades de Capital, al señalar que *“todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado del acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.”* (237 LSC).

1.3.4 Valoración de la Joint Venture

La palabra Joint Venture se utiliza para definir aquellos acuerdos de colaboración empresarial por los que dos o más empresas toman la decisión de desarrollar un negocio

de forma conjunta durante un tiempo determinado.¹⁴ En el caso SIGAAR nos ha presentado tanto GREED GROUP como SIGAAR han tomado la decisión de desarrollar un nuevo negocio a través de la constitución de la Newco aportando, entre las dos, el 100% del capital de Habanera, de tal forma que la propiedad del capital social de Newco perteneciese a SIGAAR en un 75% y a GREED GROUP en un 25%, con el propósito de obtener las mayores ganancias posibles.

Este tipo de asociaciones estratégicas de empresas no comprometen la independencia que desde un punto de vista jurídico tienen cada una de ellas, siendo la finalidad comercial lo único que une a las compañías. Eso sí, durante el tiempo de duración de la Joint Venture se presupone que las empresas tienen que trabajar en una misma dirección y respetando las normas que hayan acordado, ya que de no ser así nos encontramos con los problemas y conflictos que se han generado en el caso objeto de análisis.

1.3.5 Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos

Lo primero que debemos tener en cuenta a la hora de determinar el valor del acuerdo de intenciones que las partes firmaron el 15 de noviembre de 2019 es que en nuestro ordenamiento jurídico esta figura no se encuentra regulada de forma expresa.

Esta controvertida figura ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestros Tribunales. En este sentido, el Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia 395/2000, del 11 de abril del 2000¹⁵, reconociendo el carácter no vinculante del acuerdo de intenciones, al recoger en su pronunciamiento que el mismo es una opción y tratos preliminar que no tiene eficacia contractual, al tratarse de un acuerdo de futuro que no llega a realizarse por falta de configuración definitiva. Del mismo modo, el Tribunal considera en este pronunciamiento que el contrato de opción del que se habla en el caso no puede ser considerado ni tan si quiera un precontrato, sino que, se trata de unas meras conversaciones entre las partes. Del mismo modo se pronuncia el Tribunal en la Sentencia de 1998¹⁶, *“los acuerdos parciales no son vinculantes para las partes cuando desde el*

¹⁴ HÉCTOR FERNÁNDEZ, *Joint Venture*, Economiatic (Disponible en, <https://economiatic.com/joint-venture/>; última consulta 7 de enero de 2021)

¹⁵ Sentencia 395/200 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 11 de abril del 2000

¹⁶ Sentencia 3626/1998 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1998

inicio de la negociación existe una predeterminación sobre el conjunto de temas que deben componer el acuerdo final, y algunos de los extremos no han llegado a ser acordados”.

Otro pronunciamiento que nos permite arrojar algo de luz sobre la figura de los acuerdos de intenciones es el que el Alto Tribunal dictó en la Sentencia que tuvo lugar el 4 de julio de 1991¹⁷, destacando la importancia de determinar “*si hay una completa y total determinación de los elementos y circunstancias del negocio*”. Entonces, entendemos que si el precontrato contiene todos los elementos del contrato definitivo no será precontrato, sino el acuerdo final.

El acuerdo de intenciones que las partes firmaron el 15 de noviembre de 2019 fijaba los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia que inicialmente iba a ser de 24 meses. Entonces, en virtud de lo que antecede y teniendo en consideración que el acuerdo de intenciones suscrito entre las partes incluía los términos esenciales de la operación que las partes pretenden llevar a cabo, podemos concluir afirmando que el mismo si resulta vinculante para las mismas.

En lo que a las declaraciones y garantías respecta, las mismas pueden ser definidas como afirmaciones de hecho que alguna de las partes del contrato realiza a favor de la otra sobre una situación delimitada en un espacio de tiempo concreto. Normalmente, las declaraciones y garantías que se recogen en un contrato suelen tener una vigencia determinada, de 12 meses en el supuesto que nos ocupa.¹⁸

Estas declaraciones y garantías tienen como propósito que una parte pueda decidir si celebrar o no el contrato. Entonces, la función de las declaraciones y garantías es repartir el riesgo entre las partes que suscriben el contrato. La parte que en un contrato hace una declaración y garantía, asume el riesgo que, ante su incumplimiento, la otra parte pueda

¹⁷ Sentencia 523/1991 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1991

¹⁸ FELIPE MÁRQUEZ, *¿Cómo usar las declaraciones y garantías?*, asuntos legales (Disponible en, <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-usar-las-declaraciones-y-garantias-3046818> ; última consulta 7 de enero de 2021)

demandarla o ejercer los derechos que tiene bajo el contrato por el mencionado incumplimiento.¹⁹

El 20 de diciembre de 2019 entraron en vigor las declaraciones y garantías, ya que es en esta fecha cuando se elevaron a público los contratos de la operación. Estas declaraciones y garantías se pactaron por un plazo de 24 meses, sin embargo, a raíz de las posteriores negociaciones se redujo el plazo a 12 meses. Como consecuencia de lo anterior, el plazo en el que GREED GROUP tendrá que cumplir con las declaraciones y garantías realizadas es de un año, es decir, desde el 20 de diciembre de 2019 hasta el 20 de diciembre de 2020.

1.3.6 Valor probatorio de los correos electrónicos

Otro aspecto que desde nuestro despacho consideramos que es merecedor de análisis es el valor probatorio que puedan o no tener los correos electrónicos subidos de tono que se intercambiaron el Sr. Gekko y el Sr. Fox. En este intercambio de e-mails el Sr. Gekko reitera que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra GREED GROUP por las supuestas irregularidades contables de HABANERA que, a juicio del Sr. Gekko, resultaban completamente infundadas.

De acuerdo con el artículo 324 LEC, los correos electrónicos son considerados documentos privados a efectos de prueba en el proceso. En este contexto, el artículo 326.1 de la misma norma dispone que *“Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319 (fuerza probatoria de los documentos públicos), cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.”*

La parte a la que perjudican los correos electrónicos puede impugnar su autenticidad, y el que lo haya presentado como medio de prueba podrá pedir el cotejo de letras o poner cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente. En el supuesto de que del cotejo o de otro medio de prueba se deduce que el documento es auténtico, se procederá a cargar las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación a quién haya

¹⁹ FELIPE MÁRQUEZ, *¿Cómo usar las declaraciones y garantías?*, asuntos legales (Disponible en, <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-usar-las-declaraciones-y-garantias-3046818> ; última consulta 7 de enero de 2021)

impugnado el documento, pudiendo el tribunal, si considerara que la impugnación ha sido temeraria, imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros. Cuando no se pueda deducir la autenticidad del documento o no se hubiera propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

En resumen, podemos concluir afirmando que: (i) los correos electrónicos se consideraran a efectos de medios de prueba como documentos privados en la jurisdicción civil; (ii) los mismos pueden ser aportados como prueba; (iii) pueden ser impugnados por la parte contraria, sin que esta impugnación les prive de valor probatorio, debiendo entonces proceder de conformidad con lo establecido en el 326 de la LEC; y que (iv) cuando no se pueda determinar la autenticidad del documento, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

La línea jurisprudencial sin embargo era un tanto contradictoria, existiendo tanto resoluciones que reconocían el valor probatorio de los correos electrónicos como otras en el que el mismo era negado. El fin de este debate se produjo mediante la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de Julio de 2020²⁰, en la que resuelve que los correos electrónicos pueden aportarse como medio de prueba con valor probatorio siempre y cuando se acompañe dicha aportación con una correcta autenticación de los mismos.

De esta forma entendemos que los correos electrónicos intercambiados con el Señor Gekko tendrán valor probatorio, sin perjuicio de que lo que estos correos pueden probar no resulte relevante para el caso, ya que no introducen un hecho nuevo o conflictivo limitándose a reproducir los argumentos que cada una de las partes defiende.

1.3.7 Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños

Una vez hemos analizado todas las cuestiones previas, debemos analizar ahora las pautas para una valoración de la indemnización y cuantificación de los daños que a SIGAAR le han ocasionado. Estos daños, se pueden definir como la diferencia que existe entre la situación patrimonial en la que se encontraría SIGAAR de no haberlo sufrido, y la

²⁰ Sentencia 706/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2020

situación patrimonial en la que se encuentra por haberlos sufrido, como consecuencia de una acción u omisión de la que el causante del daño es responsable.

En el ámbito civil, la obligación de indemnizar existirá únicamente si existe daño o perjuicio, ya que la indemnización por daños y perjuicios trata de reparar un perjuicio y si éste no existe, o no se puede acreditar, no existirá acto ilícito civil. Así, podemos afirmar que la indemnización de daños y perjuicios que vamos a reclamar tiene un carácter reparador y no punitivo o sancionador.²¹

Existen una serie de requisitos para que la indemnización de daños y perjuicios pueda producirse.²²

- Incumplimiento culpable de la obligación.
- Imposibilidad de cumplir la obligación de otro modo distinto.
- Que se hayan producido daños o perjuicios.
- Que exista nexo causal. En este sentido, la doctrina ha señalado como causa *“el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”*.

Los daños que a la luz de los hechos que nos han sido expuestos vamos a poder reclamar son daños patrimoniales, es decir, los que han producido un menoscabo valorable en dinero sobre los intereses patrimoniales del perjudicado, SIGAAR.

A la hora de valorar el daño el artículo 1902 CC no recoge ninguna regla valorativa del mismo, ni hace referencia al momento que ha de tenerse en cuenta para su valoración, reconociendo únicamente que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Como consecuencia de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que a la hora

²¹ *Daños y perjuicios*, Guías Jurídicas Wolters Kluwer (Disponible en, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI2NDtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAnlQb0DUAAAA=WKE#:~:text=Los%20da%C3%B1os%20son%20aquellos%20menoscabos,cual%20ha%20de%20responder%20otro. ; última consulta 8 de enero de 2021)

²² *Indemnización de daños y perjuicios en Derecho civil*, Guías Jurídicas Wolters Kluwer (Disponible en, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjS2NLtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAfp-1NzUAAAA=WKE ; última consulta 8 de enero de 2021)

de valorar el daño ha de tenerse en cuenta el criterio del interés que recoge el artículo 1106 CC, que dispone que *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo disposiciones contenidas en los artículos siguientes.*

En virtud de lo establecido por el artículo 1106 CC, podemos afirmar que los elementos que componen la indemnización de daños y perjuicios son el daño emergente y el lucro cesante, que han de ser valorados para la correcta determinación de la cuantía de la indemnización.

- Daño emergente: es el valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados. En el supuesto que estamos analizando, el daño emergente se corresponde a la pérdida sufrida por SIGAAR como consecuencia del falseamiento de la contabilidad de HABANERA, cuantía que como ya hemos mencionado anteriormente asciende a un total de 1.606.096 euros.
- Lucro cesante: es la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento de una obligación, por la infracción de un deber o por un sacrificio patrimonial legítimo. El lucro cesante en el caso que se nos ha presentado corresponderá con el daño que a SIGAAR le ha ocasionado que el Sr. Gekko no haya estado actuando diligentemente en el desempeño de su cargo y el que haya montado un negocio paralelo con el fin de desviar la clientela, ascendiendo el lucro cesante ocasionado como consecuencia de estas últimas actuaciones al volumen de negocio que los clientes que han sido desviados por el Sr. Gekko habrían generado a SIGAAR. Llegados a este punto debemos tener cuenta que la prueba del lucro cesante planteará mayores dificultades que la del daño emergente, puesto que se debe acreditar la existencia de un nexo causal entre el hecho ilícito y el beneficio que se ha dejado de obtener y la realidad de este.

2. ESCRITO DE DEMANDA

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE VALENCIA

LUCAS MARTÍN PÉREZ, Procurador de los Tribunales y de SIGAAR, BV, cuya representación comprometen conferirme por apoderamiento apud acta, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho

DIGO

Que, en la representación que ostento, y por medio del presente escrito, interpongo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** en el ejercicio de (i) la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad GREED GROUP, S.A.; (ii) acción de responsabilidad contra la mercantil GREED GROUP, S.A.; y (iii) acción de competencia desleal contra el Señor Gordon Gekko; a fin de que en su día, se dicte sentencia de conformidad con las pretensiones de esta demanda, a la que sirven de antecedentes los siguientes:

IDENTIFICACIÓN DE LOS LITIGANTES

I.- PARTE ACTORA

A). **La demandante es la persona jurídica SIGAAR, BV**, con domicilio social en Hofplein 44 (3032 AC), Ámsterdam, Holanda, inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam bajo el número 58732409.

B).

- Representada a través del Procurador Lucas Martín Pérez, en virtud del poder poder apud acta que comprometen formalizar.

- Defendida por el Letrado Carlos González Díaz, con número de colegiación ICAM 789666.

C). Con domicilio en calle de la Madera, 4, Madrid, España, Código Postal 28096, a efectos de notificaciones.

II.- PARTE DEMANDADA

A).Las personas físicas que ostentan el cargo de miembros del Consejo de Administración de GREED GROUP, S.A., sociedad con domicilio social en la Calle del Muro, nº 14 de Madrid, Código Postal 28015, Madrid, España, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187, domicilio que señala a efectos del emplazamiento.

B).- DON GORDON GEKKO, mayor de edad, casado, de nacionalidad australiana, con NIE 89067898-V y domicilio en calle de Piedra 33, Madrid, Código Postal 28098

C).- GREED GROUP, S.A., sociedad española, con domicilio en calle del Muro nº 14 de Madrid, Código Postal 28706 e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

HECHOS

PRIMERO.- El día 5 de septiembre de 2019, el SR. Bud Box, uno de los administradores mancomunados de SIGAAR, BV, propuso al Sr. Gordon Gekko, presidente del Consejo de Administración de GREED GROUP, S.A., la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“Newco”), que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de HABANERA, S.A.U., filial de GREED GROUP, S.A. y empresa *Target* en la operación.

SEGUNDO.- Con posterioridad a la mencionada proposición y con el fin de que SIGAAR pudiese presentar una oferta económica razonable por las acciones de HABANERA, GREED GROUP puso a disposición de SIGAAR un informe de revisión jurídica (*Vendors Due Diligence*), realizado por los abogados internos de GREED GROUP, que reflejaba la situación legal general de HABANERA.

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

Igualmente, junto con el documento anterior, se presentaba también otro informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría de reconocido prestigio en España y que había sido elegida por SIGAAR: PUFOSA ASESORES FINANCIEROS. En dicho informe financiero se analizaban 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.

Acompaño copia del informe de revisión financiera realizado por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS como **documento número 2**.

TERCERO.- El informe de revisión financiera realizado por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. se realizó tomando como base las cuentas anuales y demás información económica-financiera que HABANERA, S.A.U. había puesto a disposición de la firma de auditoría.

CUARTO.- Tomando como referencia el informe que PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. había realizado, mi mandante ofreció en pago de las acciones correspondientes de HABANERA (75%) un importe equivalente a 7.777.776 euros.

QUINTO.- El 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 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.

En el acuerdo de intenciones se establecía que en una primera fase, SIGAAR adquiriría el 75% de Habanera al precio fijado por el informe de valoración realizado por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS. A continuación, GREED GROUP y SIGAAR constituirían NEWCO aportando, entre las dos, el 100% del capital de Habanera, de tal forma que la propiedad del capital social de Newco perteneciese a SIGAAR en un 75% y a GREED GROUP en un 25%.

Acompaño copia del acuerdo de intenciones suscrito entre mi mandante y GREED GROUP como **documento número 3**.

SEXTO.- El día 20 de diciembre de 2019, GREED GROUP, S.A. y SIGAAR, BV procedieron conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones. Los contratos de la operación, formalizados aquel día entre el Sr. Gekko y el Sr. 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, S.A.U. En los contratos se estableció una cláusula por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia.

Acompaño copia de la escritura de compraventa del 75% de las acciones de HABANERA como **documento número 4**.

SÉPTIMO.- El día 3 de enero de 2020 la NEWCO quedó configurada como una sociedad anónima con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona, Código Postal 0801, e inscrita en el Registro Mercantil de la ciudad condal al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247.

El Sr. Bud Fox fue designado administrador único de NEWCO, dejando la gestión diaria en manos del Sr. Gekko debido a los contactos que el mismo manejaba en el mercado caribeño y en España.

OCTAVO.- El 10 de marzo de 2020 se reunieron en Miami Beach los representantes de SIGAAR, BV y de GREED GROUP, S.A. En este encuentro, el Sr. Fox puso de manifiesto que, tras la toma de participación de SIGAAR, BV en HABANERA, S.A.U. se descubrieron determinadas irregularidades contables en las cuentas de HABANERA, S.A.U. para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, de forma que resultara un mayor precio por sus acciones. Para ello, el Sr. Fox mostró un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR, BV, en el que se calculaba un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 euros. En consecuencia, se solicitó el ajuste del precio de la compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido, ascendiendo la cantidad a pagar a 6.171.680 euros, cantidad inferior en 1.606.096 euros a la que se abonó por las

acciones de HABANERA. En esta reunión, los representantes de GREED GROUP, S.A. negaron rotundamente las acusaciones de SIGAAR, BV y pusieron de manifiesto su disconformidad con la información arrojada por el informe interno de la sociedad holandesa.

Acompaño copia del informe financiero realizado por el departamento de contabilidad SIGAAR, BV como **documento número 5**.

NOVENO.- El 27 de abril de 2020 se celebró una junta general extraordinaria de NEWCO (válidamente convocada y constituida) en la adoptaron, entre otros, dos importantes acuerdos: (i) la destitución del Sr. Fox como administrador único de NEWCO y su sustitución por el tirolés Glauser Roist, el otro administrador mancomunado de SIGAAR, BV; y (ii) un aumento del capital social de NEWCO por compensación de un crédito de SIGAAR, BV.

Acompaño copia del acta de la junta general extraordinaria de SIGAAR, BV como **documento número 6**.

DÉCIMO.- A principios de mayo de 2020, como consecuencia de la difícil situación económica que atraviesa el sector y de las ineficientes actuaciones que estaba desempeñando al frente de la gestión de NEWCO, mi mandante tomó la decisión de destituir al Sr. Gordon Gekko de sus funciones. A los motivos anteriores se le suma la presunta creación por parte del Sr. Gekko de redes que tenían por objeto desviar la clientela a un negocio propio paralelo al de la *Joint Venture*.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

De carácter jurídico procesal

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Es competente, objetivamente, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de conformidad con el artículo 45 LEC y el 85 LOPJ.

Es competente, territorialmente, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de conformidad con la cláusula de sumisión expresa pactada por las partes.

SEGUNDO.- ACCIONES EJERCITADAS Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS MISMAS

La **acción de reclamación frente a los administradores de GREED GROUP, S.A.** fue interpuesta con anterioridad al transcurso del plazo de cuatro (4) años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241. Bis LSC.

La **acción de resarcimiento de los daños y perjuicios interpuesta contra el Señor GORDON GEKKO** por los daños ocasionados por la conducta desleal derivada de la desviación de la clientela se encuentra vigente. En virtud del artículo 35 de la LCD las acciones previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un (1) año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal, o bien tras haber transcurrido tres (3) años, en todo caso, si transcurren más de tres años desde la realización del acto de competencia desleal sin haberse interrumpido, y con independencia del momento en que el afectado tiene conocimiento del acto. Entendemos que no han transcurrido los plazos anteriormente indicados puesto que mi mandante conoció de los actos de competencia desleal una vez celebrada la junta general del 27 de abril de 2020, no habiendo transcurrido entonces el plazo legal.

La **acción de reclamación contra GREED GROUP, S.A.** por el incumplimiento de las declaraciones y garantías que se firmaron el 20 de diciembre de 2019 en el contrato de compraventa de las acciones de HABANERA, S.A.U., con una vigencia de 12 meses, se

encuentra vigente al haber quedado suspendido el cómputo del plazo anterior en virtud de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

TERCERO.- CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

Tanto la demandante como los demandados ostentan capacidad y legitimación procesal, de conformidad con el contenido del artículo 10 LEC.

La legitimación activa que a mi mandante le corresponde es en virtud de su condición de parte en el contrato de compraventa que suscribió con GREED GROUP, S.A. para la adquisición de parte de las acciones de HABANERA, S.A.U. y de tercero perjudicado por el falseamiento de las cuentas anuales de HABANERA, S.A.U. por parte de los administradores de GREED GROUP, S.A. Junto con las anteriores, se acumulan las acciones de competencia desleal (33.1 LCD) exigibles a DON GORDON GEKKI que se corresponden con los arts. 32.1.1ª y 5ª LEC, por no tratarse de acciones incompatibles y que mantienen un nexo por la razón de pedir, con el fin de evitar que puedan existir pronunciamientos contradictorios.

CUARTO.- POSTULACIÓN Y DEFENSA

Se cumple con las normas procesales de postulación, ya que la demanda se presenta por medio de Procurador legalmente habilitado y bajo la dirección del Letrado firmante de la misma, de conformidad con los artículos 23 y 31 LEC.

QUINTO.- CUANTÍA

La cuantía de este procedimiento es determinada y viene constituida por la suma de las acciones acumuladas: (i) 1.606.096 euros de la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante, y (ii) 900.000 euros que han sido calculados sumando las pérdidas que la acción de competencia desleal le ha ocasionado a mi mandante.

Las cantidades anteriores hacen un total de DOS MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS EUROS (2.506.096€), cuantía total a la que asciende el procedimiento y que le deben ser abonados a mi mandante.

La cuantía se pone de manifiesto por así exigirlo el apartado 1º del artículo 253 LEC.

SEXTO.- PROCEDIMIENTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 249.2 LEC, corresponde dar a la presente demanda la tramitación prevista para el juicio ordinario en los artículos 399 y siguientes de dicho Texto Legal.

SÉPTIMO.- COSTAS

Por lo que respecta a las costas, es de aplicación el artículo 394 LEC y, en consecuencia, las costas le deberán ser impuestas a la demandada si se opusiera a las pretensiones recogidas en el presente escrito.

De carácter jurídico material

Fondo del asunto:

a) El objeto de esta demanda de procedimiento ordinario es:

1º El resarcimiento del perjuicio económico que a mi mandante le ha generado la actuación de los administradores de GREED GROUP, S.A. en el seno de la operación llevada a cabo para la adquisición de las acciones de HABANERA, S.A.U.

2º El resarcimiento que se le puede exigir a varios sujetos que responden forma solidaria del perjuicio irrogado.

Por un lado, los administradores de GREED GROUP, S.A. tienen responsabilidad como personas físicas por el delito de falseamiento de la contabilidad de HABAENRA, S.A.U.

Por otro lado, GREED GROUP S.A. es responsable del incumplimiento de las declaraciones y garantías con que avalaron la situación contable en la que se encontraba HABANERA, S.A.U.

3º A las acciones que anteceden le podemos añadir la acción distinta de competencia desleal exigible por la actuación de el Señor Gordon Gekko por la desviación de la clientela.

b) La pretensión de SIGAAR, BV es que el Tribunal condene a todos ellos, de forma solidaria, a restituir los daños y perjuicios causados a mi cliente fruto de la diferencia entre el precio abonado por las acciones de HABANERA, S.A.U. y el valor real de dichas acciones (1.606.096 euros). Además se solicita del Tribunal que el Señor Gordon Gekko responda del perjuicio que se le ha ocasionado a mi principal por su actuación desleal (900.000 euros).

Todo lo anterior en base a las siguientes:

ALEGACIONES

PRIMERO.- Responsabilidad civil de los administradores de GREED GROUP, S.A. por los daños ocasionados por el delito de falseamiento de la contabilidad de HABANERA, S.A.U.

La actuación de los administradores de GREED GROUP se encuentra tipificada en el artículo 290 del CP. Junto con las penas que se recogen en el artículo 290 CP mi mandante ejercita en este procedimiento la acción civil que se deriva de la responsabilidad penal, y que consiste en la obligación que va a tener el autor del delito de reparar económicamente los daños y perjuicios causados al perjudicado por la infracción. Al tratarse, el supuesto que nos ocupa, de una indemnización, los perjuicios comprenderán los daños que se le hayan ocasionado a SIGAAR. Esta responsabilidad civil derivada de la comisión del

delito se regula en los artículos 109 y 110 del CP y consistirá en la reparación, restitución del daño e indemnización de los perjuicios que SIGAAR haya sufrido.

El falseamiento de la contabilidad de HABANERA por parte de los administradores de GREED GROUP, además de ser un ilícito penal, ha generado un perjuicio económico a SIGAAR que los autores del mismo deben reparar. Como consecuencia directa de la entrega de una información contable falseada, la empresa de auditoría PUFOSA ASESORES FINANCIEROS realizó un informe de revisión financiera que reflejaba un EBITDA de 972.222 euros. Este EBITDA se utilizó como base para calcular el precio que mi cliente iba a pagar por la adquisición del 75% de las acciones de HABANERA, ascendiendo el monto que mi cliente abonó a 7.777.776 euros.

El análisis, realizado por el departamento de contabilidad de mi cliente, de la información contable que se había puesto a disposición del mismo muestra que en dicha información existían irregularidades. La corrección de las irregularidades supuso una disminución muy significativa en el EBITDA que se utilizó como base para calcular el precio que SIGAAR pagó por las acciones de HABANERA, disminuyendo el mismo, una vez corregidas las irregularidades, hasta la cifra de 771.460 euros. Si este EBITDA corregido hubiera sido tomado como base para el cálculo del precio de las acciones de HABANERA, el monto que mi cliente habría tenido que abonar habría ascendido a 6.171.680 euros.

La diferencia entre la cantidad abonada por mi cliente y la que realmente habría tenido que abonar si no se hubieran utilizado unas cuentas falseadas asciende a 1.606.096 euros. Esta cantidad es la que se reclama que los autores del delito satisfagan, ya que es el perjuicio económico que a mi cliente le ha ocasionado el hecho delictivo.

Resulta evidente que lo que la parte contraria ha pretendido con su actuación es inflar el precio que mi cliente iba a abonar por las acciones de HABANERA. El falseamiento de la contabilidad de HABANERA tenía como propósito claro el incremento de la cantidad que iba a ser satisfecha por mi cliente.

Los administradores de GREED GROUP, que resultan ser los mismos que los de HABANERA, son los responsables del delito de falseamiento de la contabilidad y, como

consecuencia, los que deben reparar el daño que el delito ha ocasionado a SIGAAR, BV. Los administradores que forman parte del Consejo de Administración de GREED GROUP responderán solidariamente del resarcimiento del daño que la sociedad pueda haber ocasionado, siempre y cuando hayan sido responsables del mismo o hayan participado en la actuación que lo ha producido. Así, los problemas que puede plantear el hecho de que la sociedad se encuentre gestionada por una pluralidad de personas que actúan como un órgano colegiado los resuelve la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 237, al señalar que *“todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado del acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.”*

SEGUNDO.- Responsabilidad de los administradores de GREED GROUP, S.A. por no respetar las declaraciones y garantías recogidas en el contrato suscrito con SIGAAR, BV.

La responsabilidad de los administradores de GREED GROUP emana también de las declaraciones y garantías que se recogieron en el contrato. Las declaraciones y garantías pretendían asegurar la veracidad de la información contable de la NEWCO, que había sido puesta a disposición del comprador con el fin de que el riesgo de la compra fuera compartido entre las partes que participaban en la operación. De esta manera, el hecho de que la contabilidad de HABANERA estuviera falseada y no fuera veraz convierte en responsables a los administradores de GREED GROUP del incumplimiento de las declaraciones y garantías que tendrían que haber respetado hasta el 20 de diciembre de 2020.

El Tribunal Supremo ha considerado, en casos de falsedad de este tipo de manifestaciones, que estamos ante un verdadero incumplimiento contractual, que faculta al contratante a quien se dirigieron las manifestaciones y garantías, a acudir a los remedios de los arts. 1101 y 1124 CC (SSTS, 1ª, 30.6.2000 y 19.1.2001).

Esta responsabilidad deriva del contrato que SIGAAR suscribió con GREED GROUP, en el que estas declaraciones y garantías sobre la veracidad de la información contable de

HABANERA se encontraban recogidas. En el contrato suscrito entre las partes no tenemos constancia de que se hayan articulado cláusulas que contemplaran el posible incumplimiento de las declaraciones y garantías que se realizaron. En virtud de lo anterior, entendemos entonces que ante el incumplimiento de las declaraciones y garantías acordadas debemos acudir a las penalizaciones y consecuencias establecidas legalmente y que derivan del incumplimiento del contrato. Una de estas acciones que se contempla legalmente es la acción de responsabilidad civil contractual, regulada en el artículo 1.101 CC que dispone que *"quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla"*. Así, los administradores de GREED GROUP quedarán sujetos a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a SIGAAR por el incumplimiento de las declaraciones y garantías pactadas en el contrato.

TERCERO.- Vulneración por parte del Señor Gordon Gekko del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

La Ley de Competencia Desleal en su artículo 4.1 cataloga como desleal *"todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe"*.

Entendemos que los actos de desviación de la clientela punibles y que se encuentran bajo el amparo de este artículo 4 LCD son aquellos que pretenden la captación de clientes valiéndose de la infraestructura de la empresa para la que el sujeto presta sus servicios, logrando así desviar la clientela hacia otra empresa competidora abusando de la confianza y aprovechando la infraestructura, contactos y conocimientos que la empresa en la que todavía prestaba sus servicios cuando realizó la desviación le proporciona. El elemento esencial que debemos considerar en este punto es el hecho de que el sujeto que realiza la actuación tendente a captar clientela es todavía trabajador de la empresa que se ve perjudicada. En esta línea argumentativa se pronuncia la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2012, precisando que una de las manifestaciones que se pueden subsumir en la cláusula general prohibitiva de la Ley de Competencia Desleal son aquellos actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

El Sr. Gordon Gekko realizó actuaciones tendentes a desviar la clientela de la NEWCO a un negocio propio cuando todavía era trabajador de la NEWCO y, consecuentemente, podemos afirmar que se aprovechó de la infraestructura de la NEWCO, abusando de su confianza y aprovechando la infraestructura, contactos y conocimientos que había adquirido en de la misma. De esta forma, nos encontramos ante una vulneración flagrante del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

El artículo 32 de la LCD nos permite ejercitar una serie de acciones ante un acto de competencia desleal como el llevado a cabo por el Señor Gekko. En consecuencia, al haber intervenido dolo en la actuación del Señor Gekko, ejercitaremos la acción de resarcimientos de los daños y perjuicios que la conducta desleal ha ocasionado a mi mandante.

CUARTO.- Actuación diligente de SIGAAR BV que eligió los servicios de una empresa de auditoría de reconocido prestigio.

SIGAAR contrató los servicios de PUFOSA ASESORES FINANCIEROS para la realización del informe de revisión financiera. En esta actuación mi cliente actuó de forma diligente, ya que PUFOSA ASESORES FINANCIEROS es una empresa de reconocido prestigio en su sector y de forma lógica SIGAAR entendió que la realización del informe se iba a llevar a cabo de forma correcta y sin errores.

De hecho, desde nuestro punto de vista la responsabilidad por el cálculo de un EBITDA incorrecto tampoco se le puede atribuir a PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, ya que las cuentas que esta compañía de auditoría utilizó para el calculo de ese EBITDA se encontraban falseadas, siendo los administradores que falsearon las cuentas los únicos responsables del daño que a mi mandante se le ha generado.

La responsabilidad de los auditores se rige por los criterios generales de responsabilidad que se recogen en el Código Civil. Entonces, para considerar a la empresa de auditoría responsable por los daños ocasionados se requerirá de: (i) una actuación contraria a la normativa por parte del auditor; (ii) que haya habido dolo o culpa por parte del auditor en su actuación (iii) que se haya causado un daño a la sociedad o a un tercero; y que (iv) exista un nexo de unión entre la actuación del auditor y el daño causado. La actuación de

PUFOSA ASESORES FINANCIEROS no ha contravenido la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, ni ha habido dolo o culpa en la misma, ni, por supuesto, existe ningún nexo de unión entre la actuación del auditor y el daño ocasionado a mi mandante. En virtud de lo que antecede, podemos afirmar que PUFOSA ASESORES FINANCIEROS no es responsable de los daños ocasionados a SIGAAR.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra los administradores de GREED GROUP, S.A., se admita, y se acuerde conferir traslado de la misma a la contraparte, junto con sus documentos, a los efectos de formular, si se tuviese por oportuno, la correspondiente contestación y, previos trámites legales correspondientes, dicte Sentencia por la que:

1. Se condene solidariamente a los administradores de GREED GROUP, S.A. y a GREED GROUP, S.A. al pago de una indemnización por daños y perjuicios que asciende a **UN MILLÓN SEISCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS EUROS (1.606.096 €)** a mi principal.
2. Se condene al Señor Gordon Gekko al pago de una indemnización por daños y perjuicios que asciende a **NOVECIENTOS MIL EUROS (900.000 €)**, por los daños que su conducta desleal le han ocasionado a mi mandante.
3. Se condene a la parte demandada a satisfacer las costas de la demanda y a los correspondientes intereses legales, por ser de Justicia que pido en Valencia, a 10 de enero de 2021.

OTROSÍ DIGO PRIMERO Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 733.2 ° y del artículo 727 1ª y 4ª de la LEC, esta parte solicita que se adopten MEDIDAS CAUTELARES, que consisten en: (i) que se acuerde el EMBARGO PREVENTIVO DE LA CANTIDAD DE NOVECIENTOS MIL EUROS (900.000 €) a DON GORDON GEKKO, mediante su retención en el juzgado, y que (ii) se proceda a la FORMACIÓN DE INVENTARIO DE BIENES de GREED GROUP, S.A. en las condiciones que el tribunal disponga. Las medidas anteriores se fundan en las siguientes:

ALEGACIONES

PRIMERO.- Adecuación de las medidas.

En la demanda principal se reclama la responsabilidad de GREED GROUP, S.A. por el incumplimiento de las declaraciones y garantías pactadas en el contrato suscrito con mi principal. Las declaraciones y garantías fueron incumplidas por la demandada en tanto en cuanto la información contable que se proporcionó a mi mandante para la firma del contrato no era veraz.

La medida consistente en la FORMACIÓN DE INVENTARIO DE BIENES de GREED GROUP, S.A. se fundamenta en el hecho de que la demandada forma parte de una estructura empresarial que es susceptible de ser utilizada para ocultar los bienes con los que hacer frente a una posible sentencia favorable para mi principal. Además, la medida solicitada cumple con todos los aspectos que la ley fija como necesarios para la adopción de la misma.

Junto con la demanda principal se ha ejercitado una reclamación de cantidad que Don Gordon Gekko debe abonar por los actos de competencia desleal que llevó a cabo en el desempeño de sus funciones de gestor en NEWCO. La cantidad se corresponde con las pérdidas que se le han ocasionado a NEWCO como consecuencia de la disminución de la clientela y que sin las actuaciones desleales del demandado no habrían tenido lugar.

Las actuaciones de Don Gordon Gekko que han sido descritas en este escrito de demanda nos conducen de forma inequívoca a pensar que el mismo es susceptible de realizar otras conductas engañosas que tengan como resultado la ocultación de sus bienes y como consecuencia que el demandado no responda con los mismos de la cantidad que debe abonar a mi principal. Así, esta parte considera idónea la medida consistente en el EMBARGO PREVENTIVO de la cantidad de 900.000 euros a Don Gordon Gekko por concurrir todos los presupuestos que la norma recoge para que se adopte la medida cautelar del 727 1ª LEC y asegurar así la efectividad de la posible sentencia.

SEGUNDO.- Apariencia de buen derecho

Los documentos aportados junto con el presente escrito de demanda entiende esta parte que han de servir al juzgado para fundar un juicio provisional favorable a la adopción de las medidas que se solicitan, como consecuencia de los incumplimientos de GREED GROUP, S.A. y de las actuaciones fraudulentas acometidas por DON GORDON GEKKO.

TERCERO.- Periculum in mora.

Las actuaciones llevadas a cabo por GREED GROUP, S.A. y por DON GORDON GEKKO y que han sido descritas a lo largo del presente escrito de demanda, son conductas susceptibles de repetirse y que deben alertar al juzgado ante la posibilidad de que las mismas obstaculicen una posible sentencia condenatoria. Como consecuencia de lo anterior y considerando el elevado importe de la reclamación exigida en el presente escrito, esta parte entiende que la adopción de las medidas cautelares requeridas está más que justificada, ya que de las mismas depende la efectividad de la tutela solicitada.

CUARTO.- Caución.

Se ofrece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728.3 LEC, caución por importe de cinco mil euros (5.000 €), para responder de los daños y perjuicios que la adopción de las medidas cautelares que se interesan pudieran causar al patrimonio de GREED GROUP, S.A. o de DON GORDON GEKKO.

La caución se prestará de la forma que se prevé legalmente.

QUINTO.- Prueba.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 732.2º LEC y con el fin de acreditar los supuestos que dan lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas, esta parte propone como prueba la DOCUMENTAL que se acompaña junto al escrito de demanda.

SEXTO.- Costas.

Las costas deberán imponerse a GREED GROUP, S.A. y a DON GORDON GEKKO si se opusieran a la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentada esta solicitud de medidas cautelares de embargo preventivo y de formación de inventario, por ofrecida la caución que se deja señalada y por propuesta la prueba que se indica en el apartado quinto del presente OTROSÍ, y que dicte auto por el que se acuerde la FORMACIÓN DE INVENTARIO de los bienes de GREED GROUP, S.A. y el EMBARGO PREVENTIVO de 900.000 € a DON GORDON GEKKO, cantidad que se corresponde con la reclamación formulada contra el demandado. Asimismo, se solicita que admita la caución ofrecida y determine la que se considere necesaria e imponga las costas del incidente al demandado si se opusiera a las medidas cautelares solicitadas, reiterando justicia, lugar y fecha.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO que conforme a lo previsto en el artículo 299 LEC, se solicita que se tenga por presentada como prueba la documental que se aporta con el presente escrito de demanda.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por realizada la anterior manifestación y se acuerde de conformidad.

OTROSÍ DIGO TERCERO que conforme a lo previsto en el artículo 339.2 de la LEC, se solicita la designación de perito FRANCISCO MARTÍNEZ NAVARRO con el fin de que proceda a la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados por la actuación llevada a cabo por los administradores de GREED GROUP, S.A., debiéndose determinar los extremos exactos de la pericia en el acto de la audiencia previa y al procederse a la proposición y práctica de la prueba. El objeto del informe pericial consistirá en el análisis de la información contable de HABANERA, S.A.U. que se puso a disposición de SIGAAR,BV y su comparación y análisis a la luz de los informes realizados tanto por

PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. como por el departamento de contabilidad de SIGAAR, BV.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por realizada la anterior manifestación y se acuerde de conformidad.

OTROSÍ DIGO CUARTO que esta parte cree haber cumplido con todos los requisitos exigidos para la validez de los actos procesales, sin perjuicio de que, si hubiere incurrido en algún defecto, esta parte manifiesta su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley, en virtud de la subsanación prevista en el art. 231 de la LEC.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

Firma del Abogado

Firma del Procurador

3. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE CONTESTACIÓN DE LA PARTE CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN

Este informe trata de prever y anticipar los posibles argumentos que la parte contraria utilizará en su escrito de contestación a la demanda interpuesta. Del mismo modo, la parte final del informe se centrará en analizar la posibilidad de una reconvencción por la parte contraria en su contestación a la demanda.

El objeto de la realización del presente informe es prepararles para cualquier escenario, intentando abarcar todas las posibilidades y argumentos de la parte contraria de la forma más exhaustiva posible.

3.1 PREVISIÓN DE CONTESTACIÓN

3.1.1 Responsabilidad de PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. en la elaboración del informe.

Los fundamentos de derecho recopilados en nuestro escrito de demanda toman como punto de partida que los administradores de GREED GROUP son responsables de un delito de falseamiento de la contabilidad de HABANERA, delito que les obliga a reparar el daño que el mismo le ha ocasionado a SIGAAR. Este fundamento, epicentro de nuestra demanda, puede ser desvirtuado si la parte contraria consigue argumentar y probar que el daño que se le ha ocasionado a SIGAAR proviene de una elaboración negligente del informe de revisión financiera realizado por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, y que la información contable de HABANERA que se puso a disposición del comprador era cierta y exacta.

En este sentido, si la información contable recibida por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS para la elaboración de su informe de revisión contable hubiese sido exacta la responsabilidad sería exclusiva de la firma de auditoría y, en concreto, de las personas que hubiesen realizado y firmado el informe, de conformidad con el artículo 5.3 LAC, que establece la responsabilidad de la emisión del informe de auditoría de cuentas en quienes lo hubieran realizado.

Siguiendo con lo que antecede y en consonancia con el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2018,²³ la parte contraria eliminaría cualquier tipo de responsabilidad que le pudiera corresponder si consiguiera probar que existe una relación de causalidad entre el incumplimiento de la *lex artis* de la firma de auditoría y el daño causado a la entidad SIGAAR.

Por último, en el supuesto de que la parte contraria pudiera probar que la información contable que se facilitó no estaba falseada, el incumplimiento de las declaraciones y garantías pactadas en el contrato quedaría desvirtuado, ya que las mismas si se habrían respetado durante el tiempo acordado. Así, parece claro que el sustento de un procedimiento con un pronunciamiento favorable para SIGAAR consistirá en acreditar que la información contable se encontraba falseada.

3.1.2 Responsabilidad de SIGAAR en la elección de la firma de auditoría

En hilo con el argumento anterior, resulta claro que en caso de haberse producido el daño por una actuación negligente de la firma de auditoría, SIGAAR, B,V al haber encargado a dicha firma la elaboración del informe de revisión financiera, tendrá que dirigirse contra ella por los daños que su actuación negligente le hayan podido ocasionar, exonerando a los administradores de GREED GROUP de cualquier tipo de responsabilidad.

3.1.3 Ineficacia e invalidez del informe del departamento de contabilidad de SIGAAR

Los administradores de GREED GROUP han sido demandados por la responsabilidad civil que se deriva del delito de falseamiento de la contabilidad que presuntamente han cometido. En este contexto, desde nuestro despacho entendemos como probable que desde la parte contraria se intente argumentar que la carga probatoria de la comisión del presunto delito y de los daños que el mismo le ha generado a SIGAAR nos corresponde a nosotros. El argumento base que esgrimimos en la demanda, que no es otro que las cuentas de HABANERA se encontraban falseadas, se apoya en un informe que ha sido

²³ Sentencia 520/2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, del 21 de septiembre de 2018

realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR. En este marco, la parte contraria podrá alegar la invalidez legal de dicho informe y que el mismo es insuficiente para acabar con la presunción de exactitud y veracidad de las cuentas anuales HABANERA. El informe de auditoría elaborado por los administradores de GREED GROUP es la consecuencia directa de un proceso legal que engloba el conocimiento de todo el entorno económico y la situación financiera de una compañía, y que tiene la consideración de ser un informe técnico de un experto, informe que no se puede equiparar ni mucho menos someter a las conclusiones que derivan de un informe que ha sido realizado por el departamento interno de contabilidad de SIGAAR.

En relación con lo que antecede, la parte contraria intentará también acreditar que ha actuado de buena fe en todo el proceso de la operación. Con este propósito, es altamente probable que los abogados de los administradores de GREED GROUP traigan a colación el *Vendors Due Diligence* que, sin obligación de hacerlo, se puso a disposición del comprador con el objetivo de que este pudiera conocer todos aquellos aspectos necesarios para entender la imagen fiel de la empresa que iba a ser adquirida. De esta forma, el *Vendors Due Diligence* se intentará utilizar por la parte contraria como un documento que le exime de responsabilidad, intentando acreditar que en el mismo se encontraban todas aquellas contingencias que el comprador debería haber observado en su momento.

3.1.4 Ausencia de daño a SIGAAR y doctrina de los actos propios

Otro de los argumentos que podrá ser utilizado por la parte contraria es que la acción de responsabilidad de daños y perjuicios ejercitada resulta carente de fundamento, ya que el perjuicio económico en el que se basa no ha tenido lugar. El daño es uno de los requisitos fundamentales para que una acción de responsabilidad civil contractual del 1.101 CC pueda prosperar, si no hay daño no habrá lugar a la correspondiente indemnización. La ausencia de daño se puede basar en que el daño que presuntamente se le ha ocasionado por la sobrevaloración de las acciones de HABANERA se vio compensado por el aumento de capital que acordaron, en su condición de socios mayoritarios de la NEWCO, por compensación de un crédito que la NEWCO mantenía con SIGAAR.

De esta forma entendemos que los demandados pueden acudir a la doctrina de los actos propios. Esta doctrina de los actos propios se basa en la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma, sin poder posteriormente adoptar un comportamiento que contradiga dicha declaración, como así dispone el Tribunal Constitucional en su Sentencia del 21 de abril de 1988²⁴. Aplicada a nuestro caso, esta doctrina se traduce en la imposibilidad de que SIGAAR se beneficie del “daño” que la sobrevaloración de las acciones de HABANERA le ha ocasionado para seguidamente proceder con un aumento de capital.

3.1.5 Falta de pruebas de la vulneración de la Ley de Competencia Desleal por el Señor Gordon Gekko.

También nos dirigimos contra el Señor Gordon Gekko por una presunta vulneración del artículo 4 LCD al haber desviado clientes a un negocio propio cuando prestaba sus servicios para la NEWCO. En primer lugar, el Señor Gekko tratará de desmentir tales acusaciones sobre las que no existe ninguna prueba consistente más allá de meras sospechas. Presumiblemente la estrategia del Señor Gekko tome como base argumentar la baja de las ventas de la compañía por la situación de crisis económica global que ha generado la pandemia por COVID-19, sin que en ningún caso se le pueda atribuir o responsabilizar a él de dicha bajada en las ventas, ni mucho menos aprovechar la situación de crisis mundial para intentar justificar su despido atribuyéndole una vulneración a la Ley de la Defensa de la Competencia que no hemos sido capaces de probar.

En cualquier caso, el Señor Gekko probablemente argumente que no ha procedido a la firma de ninguna cláusula de no competencia con la NEWCO, lo que le permite, una vez haya abandonado la compañía, entrar en la pugna para arrebatar la clientela de la NEWCO y atraerla a su nuevo negocio. El Alto Tribunal ha seguido en sus múltiples pronunciamientos esta misma línea interpretativa que se refleja con claridad en la Sentencia del 8 de junio de 2009²⁵, en la que dispone que *"no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de*

²⁴ Sentencia 73/1988 del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1988

²⁵ Sentencia 383/2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2009

noviembre de 2006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor".

3.2 POSIBLE RECONVENCIÓN

Podemos entender la reconvencción como una demanda contraria que formula el demandado contra el demandante, aprovechando la oportunidad del proceso pendiente iniciado por este. El artículo 406.1 LEC, en el ámbito del juicio ordinario, dispone que a la hora de contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante.²⁶

El contenido de la reconvencción es la pretensión o pretensiones independientes que el demandado tiene contra el demandante. Para que la parte contraria pueda reconvenir es necesario que exista conexión entre la demanda reconvenccional y la que constituye el objeto de la demanda principal. En este sentido se pronuncia el artículo 406.1 LEC al disponer que *“sólo se admitirá reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal”*. Esta conexión de la que venimos hablando no es otra cosa que la necesidad de que la nueva pretensión encuentre causa en la misma relación jurídica que sustenta la principal.

La demanda reconvenccional de la parte contraria encontraría su fundamento en la ampliación de capital que se acordó el 27 de abril de 2020, ya que es fácilmente entendible que la misma se llevó a cabo con abuso de la mayorías y con el objetivo de perjudicar a lo socios minoritarios, sin que la ampliación respondiera a una necesidad real de la empresa. La parte contraria pretenderá con toda probabilidad la impugnación de los acuerdos sociales en los que el abuso de la mayorías y el consecuente perjuicio a los

²⁶ *Reconvencción*, GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER (Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjSwNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoANxQ4ezUAAAA=WKE ; última consulta 10 de enero de 2021)

socios minoritarios tuvo lugar. El artículo 204.1 LSC brinda apoyo a la pretensión que los abogados de GREED GROUP podrán ejercitar en su demanda reconvencional, al establecer que *“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 el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*.

Parece que de forma clara el acuerdo adoptado por mi mandante está ocasionado un perjuicio a los socios minoritarios y beneficiando en exclusiva a los mayoritarios, habiendo sido impuesto de forma abusiva por la mayoría en sede de Junta General Extraordinaria.

Como hemos podido observar, es posible que la parte contraria reconvenga, ya que se cumplen o son susceptibles de ser cumplidos por la parte contraria todos los requisitos de competencia, tiempo, forma y materia recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La pretensión de la parte contraria encontraría su causa en la misma relación jurídica por la que tuvo lugar la demanda principal y el resto de los requisitos legales también pueden ser cumplidos a la hora de optar por la reconvención, de tal forma que tendremos que estar preparados ante esta posibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000)
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE de 16 de octubre de 1885)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE de 25 de julio de 1889)
- Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 21 de julio de 2015)
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 31 de enero de 1991)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3 de julio de 2010)
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE de 31 de julio de 1996)

Jurisprudencia

- Sentencia 245/1996 del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1996
- Sentencia 181/2015 de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de septiembre de 2015

- Sentencia 655/2010 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del 13 de julio de 2010
- Sentencia 5461/2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del 14 de diciembre de 2015
- Sentencia 671/2000 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 30 de junio del 2000
- Sentencia 1320/2001 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2001
- Sentencia 9185/2021 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de junio de 2012
- Sentencia 383/2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2009
- Sentencia 73/1988 del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1988
- Sentencia 395/200 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 11 de abril del 2000
- Sentencia 3626/1998 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1998
- Sentencia 523/1991 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1991
- Sentencia 706/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2020
- Sentencia 520/2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, del 21 de septiembre de 2018

Otras fuentes

- *Legitimación*, Guías Jurídicas Wolters Kluwer (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ1NztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAz0sn9TUAAAA=WKE ; última consulta 9 de enero de 2021)
- *Actos propios*, GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER (Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE3NDtlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAyKp-hzUAAAA=WKE ; última consulta 9 de enero de 2021)
- HÉCTOR FERNÁNDEZ, *Joint Venture*, Economiatic (Disponible en, <https://economiatic.com/joint-venture/> ; última consulta 7 de enero de 2021)
- FELIPE MÁRQUEZ, *¿Cómo usar las declaraciones y garantías?*, asuntos legales (Disponible en, <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-usar-las-declaraciones-y-garantias-3046818> ; última consulta 7 de enero de 2021)
- *Daños y perjuicios*, Guías Jurídicas Wolters Kluwer (Disponible en, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI2NDtlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn1Qb0DUAAAA=WKE#:~:text=Los%20da%C3%B1os%20s on%20aquellos%20menoscabos,cual%20ha%20de%20responder%20otro. ; última consulta 8 de enero de 2021)
- *Indemnización de daños y perjuicios en Derecho civil*, Guías Jurídicas Wolters Kluwer (Disponible en,

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjS2NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZ apUt-ckhlQaptWmJOcSoAfp-1NzUAAAA=WKE ; última consulta 8 de enero de 2021)

- *Reconvención*, GUÍAS JURÍDICAS WOLTERS KLUWER (Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjSwNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZa pUt-ckhlQaptWmJOcSoANxQ4ezUAAAA=WKE ; última consulta 10 de enero de 2021)