



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA Y
DERECHO DE EMPRESA**

Trabajo de Fin de Máster de Derecho de la Empresa (MUDE)

Santiago González Juste

Tutor: Guillermo Guerra Martín

Madrid

Enero 2021

ÍNDICE

I.	Informe sobre las distintas alternativas estratégicas a valorar.....	3
	a) Cuestiones materiales.....	3
	b) Cuestiones procesales.....	15
II.	Escrito de demanda inicial.....	21
III.	Informe sobre la previsión de la contestación a la demanda.....	35
	a) Cuestiones procesales.....	35
	b) Cuestiones materiales.....	36

.....

INFORME SOBRE LAS DISTINTAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS A VALORAR

1- Cuestiones Materiales:

- Base jurídica de las posibles demandas:

En primer lugar, se deben esgrimir los diferentes argumentos jurídicos que pueden servir para incoar las acciones o interponer las demandas pertinentes. En este sentido, el motivo principal por el que los administradores de Sigaar podrían desear acudir a un procedimiento judicial sería el supuesto falseamiento contable realizado en la valoración de Habanera para incrementar el precio de compra de las acciones que iba a llevar a cabo Sigaar.

Dicho falseamiento de cuentas daría lugar a una reclamación de daños por la diferencia existente con el importe efectivamente pagado por Sigaar, así como a una indemnización por el resto de daños irrogados a partir de ello. Ahora bien, para diseñar la estrategia más conveniente para los intereses de Sigaar se deberá analizar específicamente a quiénes se podrá atribuir el falseamiento contable de Habanera y en base a qué fundamentos jurídicos.

En esta línea, siguiendo los hechos del caso nos encontramos primeramente como posible responsable del falseamiento contable a la firma de auditoría que realizó el informe de revisión financiera de Habanera con carácter previo a la presentación de la oferta económica por Sigaar: Pufosa Asesores Financieros¹. Para estudiar la posible responsabilidad de esta firma se debe prestar atención a la normativa aplicable a este tipo de sociedades: la Ley de Auditoría de Cuentas (“LAC”).

El artículo 1.2 de dicha ley establece que “se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros”. De esta forma, vemos cómo la auditoría de cuentas implica no solo la revisión y verificación de las cuentas anuales sino también, como ocurre en nuestro supuesto de hecho, el análisis de estados financieros y otros documentos contables con el objetivo de elaborar un informe con efectos frente a terceros.

Por otro lado, la responsabilidad civil del auditor y de las sociedades de auditoría viene contemplada expresamente en el art. 26 LAC, según el cual éstos responderán por los daños y perjuicios que se

¹ En todo caso, se debe tener en cuenta de cara a un eventual procedimiento judicial que dicha firma fue designada por Sigaar, por lo que habrá que estudiar posteriormente esta cuestión en el informe sobre la previsión de contestación a la demanda.

deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil (“CC”) y las particularidades de este artículo. De esta manera, se establece que la responsabilidad será exigible de forma proporcional y directa a los daños causados tanto a la entidad auditada como a un tercero. Para que un tercero pueda reclamar responsabilidad, será necesario que acredite que actuó tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial para tomar su decisión. En este sentido, esto no debería resultar complejo de acreditar por parte de Sigaar, puesto que basó principalmente su oferta económica de compra de Habanera en el informe financiero realizado por Pufosa.

En lo relativo a la diligencia exigida a los auditores en su trabajo, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Supremo será la propia Ley de Auditoría de Cuentas la que determine la forma en la que los auditores han de cumplir con sus obligaciones, erigiéndose en una responsabilidad profesional que exige una diligencia mayor que la que se requiere al deudor común de acuerdo al artículo 1.104 del Código Civil (STS de 5 marzo de 2009).

Por otro lado, dado que en el caso que nos afecta es probable que la sociedad auditora se escude en que la información proporcionada por Habanera estaba falseada para eximir su responsabilidad, debemos traer a colación lo expuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de septiembre de 2018. Según esta sentencia, el comportamiento negligente de los administradores de la sociedad auditada no basta por sí solo para liberar de responsabilidad a la firma de auditoría, que deberá realizar en todo caso las verificaciones oportunas destinadas a detectar la existencia de irregularidades financieras o contables. Asimismo, el Tribunal enumera, a modo de ejemplo, algunas de las actuaciones que los auditores podrían haber realizado para detectar estas irregularidades: “comprobación de la necesaria coincidencia formal entre los originales y las copias de los albaranes examinados; la falta de cotejo con sus correspondientes facturas; la ausencia de comprobación de la cantidad o número de unidades de los productos (...)”. De este modo, se establece la responsabilidad añadida exigible a los auditores, lo cual parece lógico teniendo en cuenta el objetivo de su profesión: acreditar la veracidad e imagen fiel de las cuentas anuales y el patrimonio de la sociedad (lo cual no podría lograrse nunca si se limitaran a repetir el contenido de las cuentas anuales y estados financieros elaborados internamente por la entidad auditada).

En definitiva, en el caso que nos ocupa Pufosa Asesores Financieros no podrá argüir su ausencia de responsabilidad por la mera existencia de irregularidades en los documentos financieros y estados contables facilitados por Habanera, debiendo acreditar que actuó con toda la diligencia profesional exigida por su *lex artis* para justificar la rotura del nexo causal entre su conducta y el daño ocasionado posteriormente a Sigaar.

Por otra parte, en lo relativo a la efectiva responsabilidad de los auditores y/o la sociedad de auditoría, el art. 26.3 LAC establece que cuando la auditoría se haya realizado por un auditor en nombre de una sociedad de auditoría, ambos responderán solidariamente de los daños causados. No obstante, el apartado precedente de dicho artículo establece que la responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, por lo que habrá que estar al caso concreto ante una eventual acción de responsabilidad.

Finalmente, no siendo objeto de discusión, como se ha visto, la exigencia de responsabilidad por terceros, se ha de tener en cuenta sin embargo que la naturaleza de dicha responsabilidad será extracontractual, con los efectos procesales que ello pueda conllevar. De este modo, ante la ausencia -según entendemos- de una relación contractual entre Pufosa Asesores Financieros y Sigaar, ésta solo podrá incoar una acción por responsabilidad civil extracontractual al amparo del art. 1.902 CC. Por lo tanto, en virtud de los arts. 1.968.2 y 1.969 CC, el plazo para ejercitar una acción contra Pufosa será de un año desde que Sigaar pudo tener conocimiento de la existencia del daño, esto es, desde que tomó participación en Habanera el día 20 de diciembre de 2019.

Teniendo en cuenta por lo tanto la posible prescripción del plazo de la acción de responsabilidad extracontractual contra Pufosa -que veremos más en detalle más adelante- así como un eventual fallo negativo declarando la inexistencia de responsabilidad de la auditora, será conveniente para los intereses de Sigaar dirigir la demanda asimismo contra Habanera y Greed Group y sus administradores para ampliar sus probabilidades de éxito².

De esta manera, habrá que argumentar de igual manera en la demanda la existencia de responsabilidad de los administradores de Habanera por haber incurrido en un falseamiento de sus documentos contables para incrementar el EBITDA de la sociedad con el objetivo de que el precio a pagar por Sigaar por sus acciones fuera más alto.

Ahora bien, para interponer adecuadamente la demanda, debemos analizar las acciones concretas a través de las cuales se podría exigir responsabilidad a los administradores de Habanera y de Greed Group (recordemos que comparten órgano de administración). En primer lugar, teniendo en cuenta que Sigaar se convirtió en socio de Habanera tras la compra del 75% de sus acciones, se podría plantear la interposición de una acción individual de responsabilidad contra los administradores de esta sociedad. Esta acción especial la contempla la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) dentro del capítulo regulador de la responsabilidad de los administradores, estableciendo en el art. 241 que “quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”. Asimismo, según

² O, incluso, como trataremos posteriormente en las cuestiones procesales, por la existencia de litisconsorcio pasivo necesario.

reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta acción “supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia [...] que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC [...] Se trata de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo” (Sentencias 242/2014, de 23 de mayo; 737/2014, de 22 de diciembre ; 253/2016, de 18 de abril).

Entre las ventajas de instar esta acción frente a los administradores de Habanera encontramos que la misma permitiría a Sigaar obtener una indemnización por los daños causados por el falseamiento de los documentos contables de la sociedad sin necesidad de acreditar un daño concreto al patrimonio social de la misma. Asimismo, la interposición de dicha acción puede resultar interesante debido a que el plazo de prescripción para ejercitarla es de cuatro años. No obstante, para la viabilidad de la acción habrán de cumplirse los siguientes requisitos: (i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero (STS de 18 de abril de 2016).

De entre los anteriores requisitos, quizás el más complicado de acreditar -dejando a un lado la valoración sobre la comisión efectiva de irregularidades contables- sería el relativo a que el comportamiento antijurídico fuera atribuible al órgano de administración en cuanto tal. No obstante, entendemos que, de probarse la falsificación contable, la misma habría de ser atribuible al órgano de administración en cuanto tal por cuanto la habrían efectuado con el objetivo inmediato de incrementar el EBITDA del ejercicio y así obtener un importe más alto de venta de las acciones.

Por otro lado, la segunda de las acciones que se podría interponer contra el grupo sería una acción de responsabilidad civil contractual por incumplimiento de las declaraciones y garantías realizadas por Greed Group en la suscripción de los contratos de la operación de constitución de Newco. En este sentido, Greed Group realizó una serie de declaraciones y garantías sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera. Por lo tanto, Sigaar podrá alegar en una potencial demanda el incumplimiento por parte de Greed Group de sus obligaciones contractuales, dando lugar en consecuencia a una indemnización de daños y perjuicios al amparo de lo establecido en el artículo 1.101 CC.

Finalmente, Sigaar podría incluso valorar la promoción de un proceso penal contra los administradores de Habanera por haber incurrido en un delito de falsedad de documentos societarios. En este sentido, el artículo 290 del Código Penal establece 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”.

De esta manera, el tipo del delito establece dos subtipos: uno de mera actividad, cuando el perjuicio no llega a producirse, y otra de resultado, cuando el perjuicio sí se ha producido. En nuestro caso, por lo tanto, argumentando la existencia de un perjuicio económico concreto y una relación de causalidad directa con la falsedad documental cometida, los administradores de Habanera podrían afrontar una pena de más de dos años de cárcel.

Por otro lado, en cuanto al concepto de falsear, el Tribunal Supremo determinó en su sentencia de 13 de julio de 2010 que “falsear en el sentido del art. 290 CP, es mentir, 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. Hay que tener en cuenta que ocultar, omitir o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal”.

En definitiva, el órgano de administración deberá valorar la posibilidad de iniciar un procedimiento penal contra los administradores de Habanera, recordando que junto a la petición de responsabilidad penal se podría solicitar una condena por responsabilidad civil. No obstante, se debe tener en cuenta que, de promoverse dicho procedimiento, no se podrá instar un procedimiento civil sobre el mismo hecho hasta que no se resuelva la causa criminal (art. 114 CC y art. 40 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En cualquier caso, aunque no se optara por seguir este camino, podría resultar aun así provechoso utilizar la posibilidad de promover un procedimiento penal como “amenaza” para negociar con los administradores de Habanera un acuerdo que fuera beneficioso para Sigaar.

Por otro lado, volviendo a una posible demanda civil, Sigaar puede barajar la posibilidad de interponer una acción contra el Sr. Gekko por montar un negocio paralelo y desviar la clientela de la sociedad. En este sentido, Sigaar debería argumentar que las acciones perpetradas por el Sr.

Gekko son constitutivas de una infracción de competencia desleal al amparo de la normativa específica aplicable: la Ley de Competencia Desleal (“LCD”).

El artículo 4 de dicha ley establece, de manera genérica, que se reputará desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Por otra parte, el art. 14 LCD establece que se considera desleal la inducción a proveedores y clientes a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. En este sentido, de acuerdo a la jurisprudencia, esta norma “presupone un elemento finalista de la acción: el objetivo buscado es que el inducido incumpla deberes básicos derivados de un pacto o contrato. La tacha de deslealtad no se condiciona, por otra parte, de acuerdo con el tenor de la norma, a que la acción reprochable vaya seguida del resultado deseado; si es así, podrá repercutir en la eventual condena indemnizatoria, pero no es determinante a los efectos del tipo.” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de marzo de 2019).

No obstante, debido a que no conocemos exactamente las maniobras de desviación de clientela realizadas por el Sr. Gekko y, por tanto, si está induciendo efectivamente a que los clientes de Newco incumplan sus obligaciones contractuales, podría resultar conveniente centrar directamente la acción de competencia desleal en una infracción de lo dispuesto en el mencionado artículo 4 de la ley. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha venido reiterando la posibilidad de recurrir a dicha cláusula para enjuiciar conductas que no se acomodan en todos sus aspectos en los ilícitos concurrenciales tipificados en los artículos 6 a 31 de la Ley de Competencia Desleal (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 y de 7 de abril de 2014)³. De esta manera, este artículo actuaría como cláusula de cierre para habilitar, como en casos como el que nos ocupa, a fundamentar acciones por competencia desleal que de otra manera no podrían interponerse. En este aspecto, el comportamiento del Sr. Gekko debería reputarse desleal por ser contrario a las exigencias de buena fe al haber formado un negocio paralelo al de la empresa en la que trabajaba y haber desviado clientela de ésta.

Finalmente, entre las acciones que contempla la Ley de Competencia Desleal para ejercitar se encuentran: (i) la acción declarativa de deslealtad, (ii) la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura, (iii) la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal y (iv) la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (art. 32 LCD).

En definitiva, a modo de resumen, las acciones que se podrían interponer serían las siguientes:

³ Suñol, Aurea, “Actos de obstaculización (competencia desleal)” en Almacén de Derecho, 27 de julio de 2017, <https://almacenederecho.org/actos-obstaculizacion-competencia-desleal>.

- a) Acción individual de responsabilidad contra los administradores de Habanera.
- b) Acción de responsabilidad civil extracontractual contra Pufosa Asesores Financieros.
- c) Acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group.
- d) Acción de responsabilidad penal contra los administradores de Habanera.
- e) Acciones derivadas de la competencia desleal del Sr. Gekko.

- Mancomunidad de los administradores:

Por otra parte, otra cuestión relevante para el caso de marras podría ser el modo de organización del órgano de administración de Sigaar y sus consecuencias. En este sentido, según el supuesto fáctico, Sigaar atribuye la administración de la sociedad a dos administradores mancomunados: el Sr. Bud Fox y el Sr. Glauser Roist.

De esta forma, siguiendo la definición de administrador mancomunado contemplada en el Diccionario panhispánico del español jurídico, los administradores de Sigaar habrán de actuar conjuntamente para que sean válidos los actos o contratos que suscriban. En cualquier caso, en este punto se debe tomar en consideración el hecho de que Sigaar es una sociedad limitada constituida bajo las leyes de los Países Bajos, por lo que en última instancia habría que estar a lo que dispone dicha legislación para conocer de los efectos concretos de la mancomunidad en ese país.

Sin perjuicio de lo anterior, volviendo a los hechos del caso apreciamos que en varias ocasiones durante la operación realizada con Greed Group la representación de Sigaar la ejerce únicamente el Sr. Fox, sin que el otro administrador, el Sr. Roist, actúe junto a él. En particular, de cara a estudiar una potencial invalidez de los negocios concluidos, se observa que en la suscripción de los contratos de constitución de Newco la representación de Sigaar fue ejercida solamente por el Sr. Fox, quien formalizó dichos acuerdos en nombre de la compañía ante notario.

De esta manera, si así lo desearan, Sigaar podría argumentar ante Greed Group la nulidad de los contratos celebrados por vicio del consentimiento prestado según lo establecido en el artículo 1.259 del Código Civil: “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.”

Por lo tanto, Sigaar podría plantear como estrategia alternativa la nulidad de los contratos suscritos con Greed Group para poder así romper la relación contractual existente con éste y liberarse de lo que, según entendemos, ha resultado un negocio mercantil infructuoso y conflictivo. No obstante, habrá que tener en cuenta, en cualquier caso, que este vicio contractual existente también podrá ser

aludido por Greed Group en caso de que fueran ellos quienes desearan romper la relación contractual.⁴

- Valoración de la *Joint Venture*:

Por otro lado, de cara a realizar una predicción sobre las probabilidades de éxito de una demanda contra Greed Group y sus administradores, resulta de importancia analizar el proceso de constitución de la sociedad Newco y, en particular, de la valoración de la misma.

En primer lugar, conviene aclarar que el concepto de *Joint Venture* no implica sino la voluntad de dos partes de formar una colaboración empresarial con un objetivo común, siendo lo realmente trascendente la forma jurídica que adopta dicha colaboración para conocer la normativa que le es de aplicación. De esta forma, no tendrá la misma relevancia en el tráfico mercantil una colaboración que se concreta únicamente en una relación contractual con una duración determinada, que una que adquiere una personalidad jurídica autónoma mediante la creación conjunta de una sociedad de capital.

En relación con nuestro supuesto de hecho, Sigaar y Greed Group acuerdan materializar su sinergia mediante de la constitución de una sociedad anónima con personalidad jurídica propia: Newco. De este modo, al tratarse de una sociedad de capital constituida en nuestro país le será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital.

De esta manera, para analizar la valoración de la colaboración empresarial concretada habrá que estar a la valoración de las aportaciones efectuadas por cada una de las partes en Newco. De acuerdo, al art. 58.1 LSC, en las sociedades de capital únicamente podrán ser objeto de aportación los bienes o servicios que sean susceptibles de valoración económica. En nuestro caso, las aportaciones sociales están formadas por la totalidad de las acciones de Habanera, por lo que para que sean válidas habrá que otorgarles una valoración económica específica.

Tratándose Newco de una sociedad anónima, la valoración de toda aportación no dineraria habrá de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes, los cuales habrán de ser designados por el registrador mercantil del domicilio social de la sociedad (art. 67.1 LSC). En cumplimiento de dicha norma, en la aportación de las acciones de Habanera, un experto independiente realizó un informe sobre las mismas, valorándolas de una manera similar a como lo hizo en su informe correspondiente la firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros.

⁴ Regresaremos a esta cuestión en el informe sobre la previsión de la contestación a la demanda de Greed Group.

Atendiendo a este hecho, no resulta complicado imaginar una posible línea argumental de defensa por parte de Greed Group, como prueba de su ausencia de responsabilidad por inexistencia de falsedad en los documentos contables, y de Pufosa Asesores Financieros, como prueba de su ausencia de responsabilidad por haber empleado la diligencia profesional exigible en su informe, el hecho de que el informe del experto independiente arrojara una valoración de las acciones de Habanera semejante a la obtenida por la firma de auditoría.⁵

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que el experto independiente que realizó la valoración de las aportaciones no dinerarias también está sujeto a responsabilidad frente a la sociedad y sus accionistas conforme a lo establecido en el art. 68 LSC, prescribiendo la acción para exigir dicha responsabilidad a los cuatro años de la fecha del informe.

No obstante, no parece mayormente interesante interponer dicha acción contra el experto por diversas razones. En primer lugar, porque el fin del informe del experto no es igual al perseguido por el informe de auditoría: mientras que el experto independiente “solo” ha de valorar las acciones mediante el empleo de alguna de las diferentes fórmulas de valoración económica existentes, sin entrar a realizar un análisis completo de la realidad financiera y contable de la sociedad, a las firmas de auditoría sí les exige en sus informes de *due diligence* -como hemos visto anteriormente- analizar la situación completa de las sociedades auditadas, buscando posibles irregularidades en los documentos contables facilitados. Dicho de otro modo, mientras que al experto independiente no se le exige indagar -más allá del empleo de una mínima diligencia básica- sobre la veracidad de los documentos y estados financieros de la sociedad cuyas acciones ha de valorar, el trabajo de las firmas de auditoría ha de ir más allá mediante la adopción de una postura “escéptica” respecto a la documentación facilitada y realizada por la sociedad auditada. Prueba de este trato distinto a expertos y auditores lo podemos encontrar en la responsabilidad exigible a cada uno: mientras que los primeros solo están sujetos a la responsabilidad civil comentada, los auditores pueden afrontar responsabilidad civil, administrativa e, incluso, penal (art. 69.6 LAC).

En segundo lugar, por una cuestión de naturaleza más práctica y de estrategia procesal. En este sentido, de interponer la acción de responsabilidad conjuntamente contra la firma de auditoría y contra el experto independiente se estaría admitiendo de facto una de las siguientes hipótesis: bien que no existió falsedad contable por parte de Habanera sino un mero error de valoración idéntico en los informes de Pufosa y del experto, bien que la falsedad contable existió pero había sido realizada de forma indetectable por cuanto ninguna de las codemandadas halló ninguna irregularidad en sus trabajos.

⁵ Nuevamente, por razones sistemáticas, esta cuestión se abordará más en profundidad en el informe de previsión de la contestación a la demanda.

En definitiva, no recomendamos incluir entre los demandados al experto independiente que realizó la valoración de las aportaciones no dinerarias de Newco, si bien habrá que tener presente todo lo recién expuesto por si las contrapartes -como es de esperar- traen a colación esta cuestión en el procedimiento judicial.

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

El concepto de acuerdo de intenciones no está regulado de manera específica en nuestra legislación. Sin embargo, esto no significa en absoluto que este tipo de pactos no tenga relevancia jurídica, siendo de hecho una figura muy recurrente en el tráfico mercantil. De este modo, en virtud del principio de libertad de pactos, los acuerdos de intenciones serán siempre válidos mientras no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 CC).

No obstante, tratándose de una figura atípica en nuestro Derecho, habrá que estar a lo efectivamente dispuesto en el acuerdo para dirimir su eficacia jurídica. De esta manera, dependiendo de las cláusulas acordadas entre las partes, el acuerdo de intenciones podrá ser considerado un mero documento base o preliminar para la celebración futura de un contrato si en el mismo solo se emplean cláusulas genéricas sin ningún compromiso efectivo o, por el contrario, podrá suponer un verdadero contrato si en el mismo se contemplan obligaciones concretas a suscribir por las partes. En definitiva, el valor real de un acuerdo de intenciones dependerá de la redacción que se le haya dado, de modo que las partes habrán de extremar las precauciones para obligarse solo cuando así lo deseen.

En este sentido, desconociendo en nuestro supuesto de hecho el contenido concreto y las fórmulas lingüísticas empleadas en el acuerdo de intenciones, no estamos en posición de realizar un juicio de valor sobre el valor del mismo. En cualquier caso, debido a que con posterioridad Sigaar y Greed Group procedieron conforme al acuerdo de intenciones mediante la constitución de Newco, el valor dado a dicho acuerdo no parece tener mayor relevancia.

Por el contrario, sí reviste de trascendencia absoluta el valor jurídico dado a las declaraciones y garantías otorgadas por Greed Group en relación a los contratos de la operación. Esto es así debido a que, como hemos visto anteriormente, la fundamentación jurídica a servir de base para la interposición de una acción por responsabilidad contractual contra Greed Group por falsedad contable estriba precisamente en la catalogación como contractual y obligacional de las declaraciones y garantías realizadas.

Por un lado, el carácter contractual de las mismas no puede ser discutido puesto que las mismas fueron incluidas expresamente en el clausulado de los contratos de la operación. Ahora bien, de

cara a estudiar la opción de interponer una acción de responsabilidad civil contractual por incumplimiento de lo estipulado en las declaraciones y garantías, se deberá estar en primer lugar al contenido explícito de las mismas para explorar las distintas alternativas que se pueden tomar. De este modo, dado que en el presente caso no se contemplan especialidades en esta cláusula con respecto al resto del contrato -más allá del período de vigencia de las mismas-, para utilizar como fundamento de la acción el incumplimiento de las mismas habrá que seguir las normas generales del Código Civil relativas al incumplimiento de obligaciones contractuales. De esta manera, en la elaboración de la demanda habría que justificar debidamente el carácter esencial de dicha declaración para fundamentar un posible derecho a resolver el contrato (en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013 en relación al art. 1.124 CC). Por otro parte, si lo que se deseara fuera lograr una indemnización cuantiosa por los daños y perjuicios ocasionados, se deberá probar el nexo causal entre la declaración realizada por el demandado y los daños efectivamente producidos al demandante.

- Valor probatorio de los correos electrónicos:

En lo que respecta al valor probatorio de los correos electrónicos en los procedimientos judiciales, el Tribunal Supremo ha reconocido en su reciente sentencia de 23 de julio de 2020 la validez de los mismos como prueba documental. En su argumentación, el tribunal defendió la evolución necesaria del concepto de documento privado como prueba documental, no limitando por tanto los medios de prueba admisibles a los establecidos expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (“LEC”). No obstante, esto no impide en su caso la posible impugnación por la parte afectada de la falta de autenticidad de los correos electrónicos aportados de acuerdo al procedimiento general contemplado en el art. 326 LEC.

De todas maneras, en el caso que nos ocupa no parece que los correos electrónicos intercambiados entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox revistan de gran importancia, por cuanto se limitaron a la negación por el primero de las acusaciones realizadas por el segundo en relación a las irregularidades contables de Habanera. Cuestión distinta sería la existencia de un mail en el que el Sr. Fox hubiera realizado expresamente una reclamación por la falta de veracidad de las declaraciones efectuadas por Greed Group en los contratos de la operación, de forma que, de considerarse el plazo de 12 meses de vigencia de dichas declaraciones un plazo de prescripción, podría haber supuesto una interrupción de dicho plazo prescriptivo -de acuerdo al art. 1.973 CC- y, por tanto, la automática extensión del período para ejercitar las acciones pertinentes.

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

Realizar una aproximación de la valoración de la indemnización por daños y perjuicios causados resulta fundamental para, en primer lugar, analizar si realmente es rentable la interposición de acciones judiciales y, en caso de lo que fuera y se decidiera iniciar un procedimiento civil, cumplir con lo dispuesto en el art. 253 LEC, según el cual el actor habrá de expresar justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda.

La indemnización por daños y perjuicios comprende, conforme a lo establecido en el art. 1.106 CC, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por un lado, el daño emergente supondría el perjuicio efectivamente sufrido por el perjudicado, mientras que el lucro cesante se referiría a la ganancia dejada de percibir como resultado del daño producido.⁶

De esta manera, podemos observar como primer requisito fundamental para la valoración de la indemnización a solicitar la concreción del daño efectivamente sufrido por Sigaar. En este sentido, atendiendo a los hechos del caso, se aprecia rápidamente como daño principal el sobreprecio incurrido por Sigaar en la compraventa de las acciones de Habanera como consecuencia del informe financiero realizado por Pufosa Asesores Financieros en base a unos documentos contables que contenían irregularidades. De esta manera, habiendo calculado Sigaar el EBITDA de Habanera corregido sobre el que debería haberse calculado el precio de compra de las acciones, el daño emergente a exigir por la sociedad holandesa será la multiplicación por ocho de la diferencia entre ambos EBITDA; esto es, 1.606.096 euros.

Por otro lado, la determinación del lucro cesante a percibir por los daños ocasionados será, como es lógico, más compleja de realizar. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de abril de 2012, afirmó que “la economía actual, mucho más compleja y dinámica que la de épocas anteriores, impone reconocer la importancia no solo de las realidades económicas consolidadas, sino también de las expectativas económicas de futuro. [...] El lucro cesante futuro presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas.”

De este modo, reconociendo el propio Tribunal Supremo la dificultad de probar y, por tanto, de calcular el lucro cesante, se debe afirmar la suficiencia de realizar una aproximación a la cuantía que, de acuerdo a las proyecciones realizadas, se estime adecuada para compensar a Sigaar por los beneficios dejados de percibir como resultado de las irregularidades existentes en los documentos contables de Habanera.

⁶ También se ha extendido la indemnización de daños y perjuicios al daño moral, de creación jurisprudencial, si bien en el presente caso no resulta de mayor interés puesto que no parece que tenga lugar.

En esta línea, y teniendo en cuenta la necesidad de probar el nexo causal entre el daño y la ganancia dejada de obtener, la petición por lucro cesante que, bajo nuestro punto de vista, tendría mayores probabilidades de prosperar sería la relacionada con la acción de responsabilidad contractual contra Greed Group por incumplimiento de las declaraciones y garantías realizadas. En este sentido, Sigaar podría argumentar que suscribió la operación en cuestión con Greed Group en base a unas expectativas creadas por la determinación del valor otorgado a Habanera -cuya propiedad era, no olvidemos, el objeto del contrato de constitución de Newco- en el informe de revisión financiera elaborado por Pufosa Asesores Financieros, de forma que se podría exigir una indemnización por la diferencia entre la proyección económica de la sociedad en los años siguientes conforme al EBITDA calculado por Pufosa y los beneficios efectivamente obtenidos por la sociedad atendiendo al EBITDA y los documentos contables reales.

Finalmente, también cabría pedir una indemnización por daños y perjuicios en las acciones por responsabilidad extracontractual a interponer -esto es, la acción individual de responsabilidad a los administradores de Habanera y la acción de responsabilidad civil contra Pufosa- por el daño emergente constituido por el hecho de haber incurrido en una relación contractual infructuosa con Greed Group en base a las acciones perjudiciales de los demandados.

2- Cuestiones Procesales

Una vez expuestas las distintas cuestiones materiales de relevancia y haber destacado las alternativas más interesantes para exigir responsabilidad a diferentes partes, a continuación analizaremos las cuestiones procesales a considerar ante un eventual procedimiento civil:

- Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas:

En primer lugar, se podría estudiar pedir una medida cautelar de embargo preventivo de bienes tanto a Greed Group como a los administradores de Habanera. Cabe recordar en este punto que, de acuerdo al art. 728 LEC, son tres los requisitos a cumplir para la adopción de una medida cautelar: *periculum in mora*, apariencia de buen derecho y prestación de caución. En este sentido, la argumentación respecto a los dos primeros presupuestos sería similar tanto para pedir un embargo a Greed Group como a los administradores de Habanera. Por un lado, el peligro en la mora procesal habría que justificarlo por el hecho de que, de no acordarse el embargo, los demandados podrían deshacerse de sus bienes con anterioridad a una eventual resolución desfavorable para no hacer frente a la indemnización solicitada. Por otra parte, la apariencia de buen derecho podría fundamentarse en la aportación complementaria de un informe pericial sobre las irregularidades

contables existentes en las cuentas de Habanera del ejercicio de 2019, de forma que se acreditase la falsedad contable realizada por los administradores,

Por otra parte, también podría valorarse la petición de embargar los bienes de los auditores demandados como medida cautelar. No obstante, debido a que el artículo 27 de la Ley de Auditoría de Cuentas establece la obligación de auditores y firmas de auditoría de prestar garantía financiera en cumplimiento de sus funciones -lo que habitualmente realizan mediante la suscripción de seguros profesionales-, no parecen muy altas las opciones de prosperar de dicha medida cautelar por cuanto no podría justificarse el requisito de *periculum in mora*.

Asimismo, respecto a una eventual acción de competencia desleal contra el Sr. Gekko, se podría plantear la medida cautelar de ordenar el cese provisional del negocio paralelo formado por este. No obstante, para solicitar dicha medida habría que, como es lógico, probar la existencia de dicho negocio, por lo que teniendo Sigaar meramente sospechas de esto no parece que las medidas cautelar pudieran tener viabilidad.

Finalmente, respecto a la posibilidad de oponerse a una medida cautelar propuesta por Greed Group, debemos destacar como opción más probable por su parte la petición de la suspensión del acuerdo social adoptado el 27 de abril de 2020 y en el que Greed Group votó en contra (medida contemplada expresamente en el art. 727.10ª LEC). En este sentido, para oponerse a la adopción de dicha medida se debería negar rotundamente la existencia de apariencia de buen derecho fundamentando que Greed Group no estaría sino intentando realizar una tergiversación absoluta de los hechos para que, en vez de discutirse la falsedad contable que llevaron a cabo, se centrara la atención en unos acuerdos sociales válidos y tomados precisamente para prevenir que continuaran con sus acciones dolosas y perjudiciales para Sigaar y Newco.

En cualquier caso, en el hipotético caso que el juez decidiera acordar la medida cautelar anterior, Sigaar podría solicitar prestar caución suficiente en sustitución de la medida (art. 746 LEC).

- Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa:

En primer lugar, la jurisdicción a la que se deberá acudir para interponer las acciones civiles será la civil. En este sentido, el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”) establece que los tribunales españoles serán competentes tanto en materia de obligaciones, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España, como en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español. Asimismo, también será la jurisdicción civil la que deba conocer de una eventual acción de

competencia desleal. En particular, tendrán competencia para conocer de dicha cuestión los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter. 2 a) LOPJ).

Por otro lado, en lo que respecta a la competencia objetiva, la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que serán los Juzgados de lo Mercantil quienes conocerán de las cuestiones del orden jurisdiccional civil que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles (art. 86 ter. 2 a) LOPJ). En este sentido, en lo que respecta a una posible acción de responsabilidad individual contra los administradores de Habanera, la misma habría de ser conocida por un Juzgado de lo Mercantil debido a que sería de aplicación lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. Asimismo, en relación a la acción de responsabilidad civil extracontractual frente a Pufosa Asesores Financieros, se debe argumentar que deberá conocer del asunto el mismo juzgado que sea competente para la acción contra los administradores de Habanera a pesar de no estar basada la cuestión propiamente en la normativa mercantil. Esto es así puesto que al existir conexión íntima entre los hechos de una y otra acción, el principio de especialidad determina que la acumulación de acciones solo puede concretarse ante los órganos especializados (en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de junio de 2019).

La argumentación anterior deberá servir también para justificar la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group, puesto que basándose la misma en los mismos hechos que las otras dos acciones - esto es, las irregularidades contables cometidas en Habanera- será conveniente por razones de economía procesal y seguridad jurídica que se resuelvan en un mismo procedimiento.

En este punto, y de cara asimismo a determinar la competencia territorial, se deben analizar brevemente las reglas de acumulación de acciones contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En primer lugar, el art. 71.2 LEC ofrece la posibilidad al actor de acumular en una demanda cuantas acciones le competan contra el demandado siempre que no sean incompatibles. De esta manera, se debe defender la posibilidad de interponer la acción por competencia desleal contra el Sr. Gekko en la misma demanda que la acción individual de responsabilidad contra los administradores de Habanera, habida cuenta que el Sr. Gekko forma parte de dicho órgano de administración.

Por otra parte, respecto a la acumulación subjetiva de acciones, el art. 72 LEC dispone que podrán ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios sujetos cuando entre dichas acciones exista un nexo por causa de pedir, especificando que se entenderá que la causa de pedir es idéntica o conexa cuando las acciones se funden en los mismos hechos. De esta manera, podemos encontrar justificación suficiente para dirigir la misma demanda contra los administradores de Habanera y contra Greed Group ya que, como venimos estudiando, los hechos son básicamente idénticos y la causa de pedir similar.

Una vez fundamentada la acumulación de todas las acciones que se podrían interponer, debemos determinar la competencia territorial del juez que podría conocer de todas ellas. En este sentido, el art. 53 LEC establece las reglas a seguir en estos casos de pluralidad de acciones y de demandados. En primer lugar, se establece que será competente el tribunal del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente. Siguiendo con lo anterior, parece que la acción que podría ser fundamento de las demás sería la de responsabilidad contra los administradores de Habanera, puesto que de la determinación de la existencia o no de irregularidades contables dependerá la prosperidad del resto de acciones.

Por lo tanto, los tribunales competentes para conocer de la demanda serían tanto los del domicilio de los administradores de Habanera como los del domicilio de esta según el art. 50.3 LEC), el cual ofrece la oportunidad de demandar a los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, en el lugar donde desarrollen dicha actividad. De esta manera, Sigaar podría optar por interponer la demanda ante los Juzgados de lo Mercantil de Alicante, ciudad donde se encuentra el domicilio social de Habanera y, por tanto, donde los administradores demandados ejercen su actividad profesional.

Por último, se debe añadir que la decisión de interponer la demanda ante uno de estos juzgados no debería producir, en ningún caso, un incumplimiento de la cláusula de sumisión expresa contenida en los contratos suscritos entre Sigaar y Greed Group. Esto es así debido a que dicha cláusula solo tiene efectos jurídicos entre las partes que la suscriben, de forma que no puede resultar de aplicación para el resto de demandados al no formar parte de dichos acuerdos.

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

El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que serán considerados como partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Por lo tanto, para acreditar la legitimación activa en el proceso, Sigaar deberá probar ser titular de las acciones a interponer y justificar la vigencia de las mismas.

En este aspecto, el mayor problema de legitimación que pudiera devenirse sería el relacionado con los plazos de prescripción de las acciones. En este sentido, como hemos visto, tanto la acción de responsabilidad civil extracontractual frente a Pufosa Asesores Financieros como la de responsabilidad civil contractual contra Greed Group contaban con una vigencia de un año, por lo

que dependiendo de la fecha en la que se interponga la demanda se podría considerar extinto el plazo para ejercitar las acciones.

No obstante, debido a la situación de crisis sanitaria generada por el COVID-19, los plazos de prescripción y caducidad se vieron interrumpidos durante casi tres meses -desde el 14 de marzo hasta el 5 de junio- por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ampliándose de esta manera el período para ejercitar las acciones pertinentes en esa misma duración. De esta manera, por ejemplo, el plazo de vigencia de 12 meses de las declaraciones y garantías suscritas por Greed Group se hubiera interrumpido el día 14 de marzo y no se hubiera reanudado hasta el día 5 de junio, de forma que al plazo habría que añadirle un periodo adicional de vigencia de 2 meses y 22 días.

Por otro lado, en relación a la acción de competencia desleal, la normativa aplicable otorga legitimación activa para entablar las acciones pertinentes a aquellas personas, físicas o jurídicas, que participen en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados por la conducta desleal (art. 33 LCD). De esta manera, la legitimación de Sigaar no podría cuestionarse puesto que la conducta llevada a cabo por el Sr. Gekko perjudicaría directamente sus intereses económicos en el mercado al afectar a su inversión -no menor- realizada.

En definitiva, se puede asegurar la concurrencia de legitimación activa suficiente para el ejercicio de todas las acciones propuestas.

Por otra parte, en lo que respecta a la legitimación pasiva, la cuestión de mayor interés la podemos encontrar en la posible existencia de litisconsorcio pasivo necesario. En este aspecto, el art. 12 LEC establece que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes”. De esta manera, recordando lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, la responsabilidad civil de los auditores será exigible de forma proporcional y directa a los daños causados, con exclusión de los daños o perjuicios causados por la propia entidad auditada. Por lo tanto, para interponer la demanda de manera correcta y no arriesgarse a incurrir en un defecto procesal por falta de litisconsorcio pasivo necesario, se deberá necesariamente dirigir la misma de manera conjunta contra los administradores de Habanera, por el daño que solo sea atribuible a ellos, y a Pufosa Asesores Financieros, por los daños que se consideren causados directa y proporcionalmente por ellos.

Finalmente, de acuerdo al ya mencionado art. 26.3 LAC y entendiendo que el informe de revisión financiera de Habanera lo realizaron uno o varios auditores en nombre de Pufosa, habrá que demandar tanto a los auditores como a la firma de auditoría para que respondan solidariamente por los daños causados.

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

Habiendo ya atribuido la competencia para conocer de la demanda en los Juzgados de lo Mercantil de Alicante, se debe afirmar que el procedimiento oportuno a seguir de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil es el correspondiente al juicio ordinario. En este sentido, este tipo de juicio será el elegido por una mera razón de cuantía -no versando ninguna de las acciones sobre ninguna de las especialidades contempladas legalmente-, al ser superior la cuantía a los seis mil euros (art. 249.2 LEC).

En cuanto a las especialidades del proceso, podemos destacar la suma importancia de la demanda y su contenido, por cuanto no resultará posible alterar posteriormente el objeto del litigio ni reservarse hecho y fundamentos jurídicos para emplearlos en un proceso posterior (art. 400 LEC). Asimismo, la demanda habrá de ir dirigida al domicilio de cada uno de los demandados, mientras que si se pretende obtener varios pronunciamientos judiciales habrá que expresarlo con precisión en la petición (art. 399 LEC).

- Proposición de pruebas y medios de prueba:

Por otro lado, con respecto a la proposición de prueba, la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la misma se propondrá en la audiencia previa y de manera verbal (art. 429 LEC). No obstante, de acuerdo al artículo 265.1 del mismo texto legal, los documentos indispensables en los que las partes funden su derecho judicial habrán de aportarse junto a la demanda. De este modo, en el caso que nos ocupa, sería conveniente incorporar junto a la demanda el informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar en el que se recalculaba el EBITDA del ejercicio 2019 de Habanera.

No obstante, debido al probable argumento de las contrapartes de existencia de parcialidad en el informe mencionado, podría valorarse la posibilidad de solicitar a una firma de auditoría externa la realización de un informe financiero sobre Habanera para aportar mayor credibilidad. En cualquier caso, bajo nuestro punto de vista, para acreditar las alegaciones de Sigaar la cuestión elemental a probar serían las irregularidades cometidas en los documentos contables puesto que, de lo contrario, se limitaría el proceso a una disputa entre auditores sobre métodos de valoración económica. Por lo tanto, resultaría trascendental aportar al proceso documentos u otros medios de prueba que acreditaran la comisión de falsedad contable por parte de los administradores de Habanera.

DEMANDA ANTE EL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE ALICANTE

En Alicante, a once de enero de dos mil veintiuno

D. Santiago González Juste, Procurador de los Tribunales, en nombre de la entidad SIGAAR, BV, sociedad válidamente constituida bajo las leyes de los Países Bajos y cuyas circunstancias y representación acredito con primera copia de escritura de poder que, debidamente bastantada, acompaño bajo el Nº 1 de documentos para que, testimoniada en autos, se desglose y se me devuelva por precisarla para otros usos, bajo la dirección del Letrado D. Íñigo Andueza Casado Colegiado número 40.732 del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante y ante el Juzgado de lo Mercantil de los de esta ciudad a que por turno corresponda comparezco y, como mejor proceda, respetuosamente **DIGO**:

Que por medio del presente escrito y siguiendo concretas instrucciones de mi mandante, formulo demanda de JUICIO ORDINARIO en reclamación de lo que más adelante se dirá, frente a:

- (i) Los administradores de Habanera, S.A.U., Don Gordon Gekko, con domicilio a estos efectos en la avenida de la Ilustración nº23, Alicante; Don Juan Álvarez Mendieta, con domicilio a estos efectos en la avenida de la Ilustración nº23, Alicante y Don Ismael García Rahm, con domicilio a estos efectos en la avenida de la Ilustración nº23, Alicante, en ejercicio de una acción individual de responsabilidad;
- (ii) Los auditores de Pufosa Asesores Financieros, S.L., Don Julián Vázquez Hierro, con domicilio en calle de la Mandarina nº32, Madrid y Doña María Pérez Domínguez, con domicilio en calle del Naranjo nº48 y, solidariamente,

La sociedad Pufosa Asesores Financieros, S.L., con domicilio en calle del Limonero nº21, Madrid, en ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual;
- (iii) La sociedad Greed Group, S.A., con domicilio social en calle del Muro nº14, Madrid, en ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual; y
- (iv) Don Gordon Gekko, con domicilio en calle del Muro nº14, Madrid, en ejercicio de una acción derivada de competencia desleal.

Fundamento mis pretensiones en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Mi mandante, Sigaar, BV (en adelante, “**Sigaar**”) fue constituida mediante escritura pública otorgada por el Notario de los Países Bajos, Don Wesley Van der Meer, bajo el número 102 de los de su protocolo, el 23 de febrero de 2008 e inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam en con el número 58732409. Acompaño testimonio notarial de la citada escritura, debidamente traducido y apostillado, como documento número dos así como certificación del Registro Mercantil de Ámsterdam donde constan los datos mencionados, como documento número tres.

SEGUNDO.- Los demandados por acción individual de responsabilidad son miembros del órgano de administración de la sociedad Habanera, S.A.U. (en adelante, “**Habanera**”), sociedad constituida mediante escritura pública otorgada por el Notario de Alicante, Don Ramiro Montero López, bajo el número 43 de los de su protocolo, el 11 de enero de 2007 e inscrita en el Registro Mercantil de Alicante en el tomo 8756, libro 5050, folio 198, hoja A-185720. Acompaño testimonio notarial de la citada escritura como documento número cuatro así como certificación del Registro Mercantil de Alicante donde constan los datos mencionados, como documento número cinco.

TERCERO.- El auditor de cuentas Don Julián Vázquez Hierro se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, con el número 2579. Acompaño certificación del Registro mencionado donde consta la inscripción mencionada como documento número seis.

CUATRO.- La auditora de cuentas y Doña María Pérez Domínguez se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, con el número 3421. Acompaño certificación del Registro mencionado donde consta la inscripción mencionada como documento número siete.

CINCO.- La sociedad Pufosa Asesores Financieros, S.L. (en adelante, “**Pufosa Asesores Financieros**”), es una sociedad constituida mediante escritura pública otorgada por el Notario de Madrid, Don Jaime Justo Jiménez, bajo el número 435 de los de su protocolo, el 28 de octubre de 2012 e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid en el tomo 2342, libro 4235, folio 54, hoja A-142720. Acompaño testimonio notarial de la citada escritura como documento número

ocho así como certificación del Registro Mercantil de Madrid donde constan los datos mencionados, como documento número nueve.

SEIS.- La sociedad Greed Group, S.A. (en adelante, “**Greed Group**”), es una sociedad constituida mediante escritura pública otorgada por el Notario de Madrid, Don Javier Casillas Codina, bajo el número 28 de los de su protocolo, el 18 de enero de 2002 e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid en el tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187. Acompaño testimonio notarial de la citada escritura como documento número diez así como certificación del Registro Mercantil de Madrid donde constan los datos mencionados, como documento número once.

SIETE.- Con fecha septiembre de 2019, Sigaar propuso a Habanera la constitución de una Joint Venture mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“Newco”), que fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera, de tal forma que Sigaar tuviese una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por Greed Group.

Para que Sigaar pudiese presentar su oferta económica por las acciones de Habanera, Greed Group puso a disposición de Sigaar un informe de revisión financiera realizado por la firma de auditoría 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.

Considerando las sinergias que la operación podía reportar y a la vista de la documentación facilitada, en particular, del informe de la auditora Pufosa Asesores Financieros, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019.

OCHO.- 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. Se establecía la siguiente estructura de la operación: 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%.

El día 20 de diciembre de 2019, Greed Group y Sigaar procedieron conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones. Los contratos de la operación, elevados a público ante notario aquel día, 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.

Se adjuntan los contratos anteriores como documento número doce.

NUEVE.- Newco quedó configurada como una sociedad anónima con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona (CP 08019) e inscrita el día 3 de enero de 2020 en el Registro Mercantil de la ciudad condal al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247. El Sr. Bud Fox, administrador de Sigaar, fue designado a su vez 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.

Se adjunta certificación del Registro Mercantil de Barcelona donde constan los datos mencionados, como documento número trece.

DIEZ.- El 10 de marzo de 2020 se reunieron en Miami Beach los representantes de Sigaar y de Greed Group. En este encuentro, el Sr. Fox puso de manifiesto que, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas por Habanera 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, 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.

Se adjunta el informe financiero anterior como documento número catorce.

ONCE.- Desde el momento en que Sigaar puso en conocimiento de Greed Group el descubrimiento de las irregularidades contables en Habanera, el Sr. Gekko comenzó a eludir de manera negligente sus obligaciones como gestor de Newco, hasta el punto de llegar a formar un negocio paralelo y desviar clientela hacia él.

A estos hechos les son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. CAPACIDAD PROCESAL Y REPRESENTACIÓN

La sociedad mercantil demandante tiene capacidad para ser parte en este proceso y para comparecer en juicio, conforme dispone el artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la “LEC”).

II. POSTULACIÓN Y DEFENSA

La actora se encuentra representada por procurador habilitado para actuar en la demarcación de este Partido Judicial, representación que ha quedado acreditada con poder general para pleitos acompañado como documento número uno de la demanda, siendo redactada y firmada la misma por abogado ejerciente colegiado identificado en el encabezamiento de la presente, todo ello conforme disponen los artículos 23 y 31 de la LEC.

III. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Se acumulan en la presente demanda, en virtud de los hechos expuestos y en aplicación de los artículos 71 y 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las cuatro acciones civiles siguientes:

- a) Acción individual de responsabilidad contra los administradores de Habanera.
- b) Acción de responsabilidad civil extracontractual contra Pufosa Asesores Financieros y los auditores de cuentas Don Julián Vázquez Hierro y Doña María Pérez Domínguez.
- c) Acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group.
- d) Acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal del Sr. Gekko.

A modo aclaratorio, la acumulación de las acciones anteriores está justificada por la existencia entre las mismas de un nexo por causa de pedir, al estar todas ellas fundamentadas en los mismos hechos.

IV. LEGITIMACIÓN

Activa

- 1- Con respecto a la acción individual de responsabilidad contra los administradores de Habanera, conforme al art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en

adelante, “LSC”), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, según el cual, además de la acción social, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

- 2- Con respecto a la acción de responsabilidad civil extracontractual contra Pufosa Asesores Financieros y sus auditores de cuentas, conforme al art. 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, “LAC”), según el cual 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.
- 3- Con respecto a la acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group, conforme a la cláusula del contrato (cuya copia se aporta como prueba) suscrito con Sigaar por la cual realizaba declaraciones y garantías sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.
- 4- Con respecto a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal del Sr. Gekko, conforme a los arts. 32 y 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, “LCD”), según los cuales las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado y cuyos intereses resulten directamente perjudicados por la conducta desleal están legitimadas para ejercitar, entre otras, una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal.

Pasiva

- 1- Con respecto a la acción individual de responsabilidad contra los administradores de Habanera, conforme al citado art. 241 LSC, se dirige la demanda contra los tres administradores que, al momento de cometerse las irregularidades contables, formaban parte del órgano de administración de dicha sociedad, según figura en los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil.
- 2- Con respecto a la acción de responsabilidad civil extracontractual contra Pufosa Asesores Financieros y sus auditores de cuentas, conforme al citado art. 26 LAC, según el cual cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría.

- 3- Con respecto a la acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group, conforme a la cláusula del contrato citada, en cuanto contraparte del mismo y autor de las declaraciones realizadas.
- 4- Con respecto a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal del Sr. Gekko, conforme al art. 34 LCD, según el cual las acciones ejercitadas contra los actos de competencia desleal podrán dirigirse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal.

V. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Corresponde el conocimiento de la presente demanda a los Juzgados de lo Mercantil, según dispone el artículo 86 ter, apartado 2, letra a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VI. COMPETENCIA TERRITORIAL

Corresponde a los Juzgados de Mercantil de esta localidad, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 53 y 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En particular, es de aplicación lo dispuesto en el apartado primero del art. 53 LEC: “cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás”. En este caso, la acción de responsabilidad individual contra los administradores de Habanera fundamenta a las demás, por lo que la competencia territorial ha de recaer en el lugar donde éstos desarrollan su actividad profesional, esto es, la ciudad de Alicante.

VII. CUANTÍA Y PROCEDIMIENTO

Conforme al art. 252, regla 1ª de la LEC en relación con el art. 253 de ese mismo texto legal cifra la cuantía de la presente demanda en 2.609.906 euros, puesto que dicha cuantía corresponde a la de la acción de mayor valor, esto es, la acción por responsabilidad civil contractual frente a Greed Group.

Por lo tanto, atendiendo a la cuantía de la demanda, el procedimiento ajustado a derecho será el del juicio declarativo ordinario regulado en los arts. 399 a 436 LEC, en aplicación de lo dispuesto en el art. 249.2 de la misma Ley.

VIII. FONDO DEL ASUNTO

A) Responsabilidad civil de los administradores de Habanera, S.A.U.:

El art. 241 LSC establece que “quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente

los intereses de aquellos”. Mientras, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo que esta acción “supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia [...] que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC [...] Se trata de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo” (Sentencias 242/2014, de 23 de mayo; 737/2014, de 22 de diciembre; 253/2016, de 18 de abril). No obstante, a pesar de poder categorizar esta acción dentro de la responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción para ejercitarla es idéntico al de la acción social de responsabilidad: cuatro años (art. 241 bis LSC).

Entre los requisitos para fundamentar dicha acción, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que se produzca: (i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero (STS 253/2016, de 18 de abril de 2016).

Analizando los anteriores requisitos, en primer lugar, el comportamiento atribuible a los administradores consiste en la falsificación de documentos contables y financieros de la sociedad Habanera, S.A.U. para incrementar el EBITDA correspondiente al ejercicio 201 (se adjunta informe pericial sobre el análisis, estudio y delimitación de las irregularidades cometidas, según lo dispuesto en el art. 336 LEC, como documento número quince). En segundo lugar, dicho comportamiento ha de ser atribuido al órgano de administración en cuanto tal puesto que constituye uno de sus deberes sociales la formulación de cuentas anuales (art. 253 LEC), debiendo de firmarlas todos los administradores. Con respecto al tercer requisito, además de suponer un evidente incumplimiento de sus deberes como administradores, la falsedad contable puede llegar incluso a constituir un delito conforme a lo establecido en el art. 290 del Código Penal. En cuarto lugar, no puede discutirse que la conducta antijurídica de los administradores fuera susceptible de causar un daño, puesto que la falsedad en las cuentas podría producir un perjuicio a cualquier persona que operara en el tráfico mercantil. En particular, la conducta de los administradores causó un daño directo a mi representada al producirse, en consecuencia de las irregularidades cometidas, un incremento del EBITDA de Habanera que supuso que mi representada tuviera que hacer frente a un pago mucho mayor del correspondiente por las acciones de la sociedad. De esta manera, la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño producido no puede negarse, habiéndose producido aquella de manera dolosa para obtener, precisamente, una mayor renta por la venta de las acciones.

En definitiva, los administradores de Habanera han de responder, solidariamente entre ellos, por los daños causados a mi representada con motivo de su conducta antijurídica. En particular, en virtud de los arts. 1.106 y 1.902 CC, se pide que respondan por el daño emergente completo causado, que habrá de coincidir con la diferencia entre el precio efectivamente pagado por las acciones de Habanera y el que debería haberse abonado de no haberse producido la falsedad contable; esto es, 1.606.096 euros.

B) Responsabilidad civil extracontractual de Pufosa Asesores Financieros, S.L. y de los auditores de cuentas Don Julián Vázquez Hierro y Doña María Pérez Domínguez:

La responsabilidad civil de los auditores y de las sociedades de auditoría viene contemplada expresamente en el art. 26 LAC, según el cual éstos responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil. Asimismo, se establece que la responsabilidad será exigible por los daños causados tanto a la entidad auditada como a un tercero (art. 26.2 LAC). De este modo, Pufosa Asesores Financieros y los auditores que firmaron el informe en su nombre tendrán que responder del daño causado a mi representada -esto es, el sobreprecio incurrido en la compra de las acciones de Habanera- por cuanto ésta basó su oferta económica de compra en el informe de revisión financiera realizado por ellos.

En concreto, se pide que los auditores de cuentas respondan por el daño ocasionado a mi representada por no haber actuado con la diligencia exigida en la elaboración de su informe, no habiendo sido capaces de detectar irregularidad alguna en todos los documentos contables y financieros de Habanera analizados. En este sentido, cabe recordar que, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Supremo será la propia Ley de Auditoría de Cuentas la que determine la forma en la que los auditores han de cumplir con sus obligaciones, erigiéndose en una suerte de responsabilidad profesional que exige una diligencia mayor que la que se requiere al deudor común de acuerdo al artículo 1.104 del Código Civil (STS 115/2009, de 5 marzo de 2009).

Asimismo, en un caso similar al de marras, el Tribunal Supremo determinó que el comportamiento negligente de los administradores de la sociedad auditada no basta por sí solo para liberar de responsabilidad a la firma de auditoría, que deberá realizar en todo caso las verificaciones oportunas destinadas a detectar la existencia de irregularidades financieras o contables. El Tribunal enumera, a modo de ejemplo, algunas de las actuaciones que los auditores podrían haber realizado para detectar estas irregularidades: “comprobación de la necesaria coincidencia formal entre los originales y las copias de los albaranes examinados; la falta de cotejo con sus correspondientes facturas; la ausencia de comprobación de la cantidad o número de unidades de los productos (...)” (STS 520/2018, de 21 de septiembre de 2018).

Atendiendo a lo anterior, en el presente caso los auditores de cuentas no podrán justificar su ausencia de responsabilidad en la mera existencia de irregularidades en los documentos financieros y estados contables facilitados por Habanera, puesto que, como se ha expuesto, su propia *lex artis* les exige emplear una diligencia cualificada para detectar, en su caso, estas irregularidades entre la documentación que se pone a su disposición.

Por otra parte, en lo relativo a la efectiva responsabilidad de los auditores y de la sociedad de auditoría, el art. 26.3 LAC establece que cuando la auditoría se haya realizado por un auditor en nombre de una sociedad de auditoría, ambos responderán solidariamente de los daños causados. En definitiva, se pide que Don Julián Vázquez Hierro y Doña María Pérez Domínguez, como auditores firmantes del informe en cuestión, y Pufosa Asesores Financieros, S.L., como sociedad de auditoría en cuyo nombre se firmó el informe, respondan solidariamente entre ellos y también solidariamente junto a los administradores de Habanera, S.A.U. por el daño emergente causado a mi representada, esto es, 1.606.096 euros.

A modo aclaratorio, se debe recordar que el plazo para ejercitar esta acción de responsabilidad civil extracontractual se vio interrumpido -como el resto de plazos sustantivos y procesales- desde el día 14 de marzo de 2020 hasta el día 5 de junio del mismo año, debido a la situación de crisis sanitaria generada por el COVID-19 y conforme al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y a la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por lo cual en el momento de interponer esta demanda la acción sigue plenamente vigente.

C) Responsabilidad civil contractual de Greed Group, S.A.:

El art. 1.101. CC establece 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, Greed Group incurrió en un incumplimiento doloso de las obligaciones a las que se sometió bajo los contratos firmados el día 20 de diciembre de 2019 con mi representada. En particular, Greed Group realizó una serie de declaraciones y garantías, entre las que se incluía una sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, S.A.U. Habiendo quedado suficientemente acreditadas las irregularidades existentes en dichos documentos contables de Habanera, no cabe discutir el incumplimiento por parte de Greed Group de las garantías otorgadas, más aún teniendo en cuenta que, al momento de realizarlas, era el socio único de dicha sociedad y compartía incluso órgano de administración con ella.

Asimismo, se debe afirmar el carácter absolutamente esencial que dicha garantía tenía en los contratos suscritos entre Greed Group y mi representada, ocupando un lugar central en la operación

concluida puesto que la misma suponía, por un lado, la única garantía para mi representada de que lo que estaba comprando -las acciones de Habanera- valía realmente lo que el vendedor decía que valía y, por otro lado, constituía un fundamento principal para la decisión de mi representada de suscribir la operación en su conjunto: que el valor de Habanera era tanto y, en consecuencia, podían crearse unas expectativas de negocio determinadas. De este modo, habiéndose justificado debidamente el carácter esencial de la obligación incumplida por Greed Group, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1.124 CC, contando mi representada con la posibilidad de escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (en esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 2150/2011, de 18 de noviembre de 2013).

En el caso de marras, como es lógico, no puede pretender mi demandada el cumplimiento de la obligación por la propia naturaleza de la misma; por lo tanto, no siendo de interés la opción de resolver el contrato, se deberá exigir a Greed Group el pago de una indemnización por daños y perjuicios adecuada para reponer a mi representada por los daños ocasionados.

En este sentido, como daño emergente, se debe pedir la ya mencionada cifra de 1.606.096 euros, que supone la diferencia exacta entre el precio efectivamente pagado por las acciones de Habanera y el que debería haberse abonado en caso de que Greed Group hubiera realizado unas declaraciones efectivamente veraces.

Por otro lado, a la indemnización por daño emergente ha de sumarse otra por lucro cesante en compensación por la ganancia dejada de obtener por mi representada como resultado del incumplimiento contractual de Greed Group. Para determinar dicho lucro cesante, resulta de utilidad hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 1009/2019, de 27 de marzo de 2019 sobre un caso similar en el que se produce un incumplimiento en las garantías otorgadas por una de las partes con respecto a la contabilidad de una empresa. En ella, el Tribunal determina que “el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos [...], sin reflejo en la información facilitada a la adquirente”, estableciendo asimismo como daño indemnizable toda aquella disminución de ingresos netos que tenga la empresa con respecto a las expectativas de generación de beneficios creadas por la información facilitada por la vendedora.

En línea con lo anterior, teniendo en cuenta que mi representada tomó la decisión de constituir una nueva sociedad junto a Greed Group (aportando las acciones de Habanera) por la capacidad que dicha compañía tendría de generar beneficios atendiendo a los estados contables y financieros de Habanera cuya veracidad Greed Group garantizó, esta sociedad debe indemnizar a mi representada

por dichas expectativas falsa y dolosamente creadas. En concreto, se pide que Greed Group indemnice a mi representada, en concepto de lucro cesante, por una cantidad igual o superior a 1.003.810 euros, cifra alcanzada como resultado del cálculo de la diferencia entre el EBITDA garantizado por Greed Group y el corregido atendiendo a las cuentas reales -200.762 euros- multiplicado por cinco años.

Finalmente, a modo aclaratorio, se debe recordar que el plazo para ejercitar esta acción de responsabilidad civil contractual se vio interrumpido -como el resto de plazos sustantivos y procesales- desde el día 14 de marzo de 2020 hasta el día 5 de junio del mismo año, debido a la situación de crisis sanitaria generada por el COVID-19 y conforme al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y a la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por lo cual en el momento de interponer esta demanda la acción sigue plenamente vigente.

D) Responsabilidad civil extracontractual del Sr. Gekko por su conducta desleal:

El art. 4 LCD establece, de manera genérica, que se reputará desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe; habiendo reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la posibilidad de recurrir a dicha cláusula para enjuiciar conductas que no se acomodan en todos sus aspectos en los ilícitos concurrenciales tipificados en los artículos 6 a 31 de la Ley de Competencia Desleal (entre otras, las STS de 29 de octubre de 2014 y de 7 de abril de 2014).

En particular, la conducta desleal atribuible al Sr. Gekko es la formación de un negocio paralelo al de Newco, con el valor añadido de que viene efectuando una desviación de clientela ilegítima de una sociedad a otra. Teniendo en cuenta que el Sr. Gekko se ocupa personal e individualmente de la gestión diaria de Newco, los daños que se han venido produciendo a ésta por su conducta desleal son notables.

Asimismo, y teniendo en mente que el art. 33 LCD requiere para la entablación de acciones de responsabilidad por conducta desleal que el actor participe en el mercado y que sus intereses económicos resulten perjudicados por esta conducta, se debe afirmar que los daños producidos por el Sr. Gekko afectan directamente a los intereses económicos de mi representada por cuanto su conducta desleal imposibilita de manera grave -si no absoluta- la producción de beneficios de Newco y, en consecuencia, provoca que la cuantiosa inversión realizada por mi representada en la sociedad resulte estéril.

En consecuencia, en virtud del art. 32.1.5ª LCD, se pide que el Sr. Gekko resarza a mi representada por su conducta desleal, en concepto de lucro cesante, por una cantidad igual o superior a 771.460 euros, cifra equivalente al EBITDA corregido de Habanera en 2019 y que habría cabido esperar

obtener en 2020 de haber cumplido el Sr. Gekko diligentemente sus funciones sin incurrir en actos de competencia desleal.

IX. COSTAS

Las costas han de imponerse a los demandados en virtud del principio objetivo de vencimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC.

Por todo lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que lo acompañan y, en su virtud, se digne a admitirlo y tenga por interpuesta, en la representación que ostento, demanda de juicio ordinario en ejercicio de las siguientes acciones:

- 1- Acción individual de responsabilidad contra los administradores de Habanera, S.A.U;
- 2- Acción de responsabilidad civil extracontractual contra Pufosa Asesores Financieros, S.L. y los auditores de cuentas Don Julián Vázquez Hierro y Doña María Pérez Domínguez;
- 3- Acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group, S.A.; y
- 4- Acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal del Sr. Gekko; con domicilios indicados en el encabezamiento de este escrito y se acuerde continuar este juicio con sus trámites, con el recibimiento a prueba que para su momento solicitamos y que se dicte sentencia por la que:

- I.** Se declare que Don Gordon Gekko, Don Juan Álvarez Mendieta y Don Ismael García Rahm, como administradores de Habanera, S.A.U., adeudan solidariamente a Sigaar, BV la cantidad de un millón seiscientos seis mil noventa y seis euros (1.606.096 €), junto con los intereses de demora devengados y los que se devenguen hasta el completo pago de la deuda.
- II.** Se declare que Don Julián Vázquez Hierro, Doña María Pérez Domínguez, y Pufosa Asesores Financieros, S.L. adeudan a Sigaar BV, solidariamente entre ellos y también solidariamente junto a los administradores de Habanera, S.A.U., la cantidad de un millón seiscientos seis mil noventa y seis euros (1.606.096 €), junto con los intereses de demora devengados y los que se devenguen hasta el completo pago de la deuda.
- III.** Se declare que Greed Group, S.A. adeuda a Sigaar, BV (i) la cantidad de un millón seiscientos seis mil noventa y seis euros (1.606.096 €), en concepto de daño emergente, y (ii) la cantidad igual o superior a un millón tres mil ochocientos diez euros (1.003.810 €),

en concepto de lucro cesante; junto con los intereses de demora devengados y los que se devenguen hasta el completo pago de la deuda.

- IV.** Se declare que Don Gordon Gekko adeuda a Sigaar, BV la cantidad igual o superior a setecientos setenta y un mil cuatrocientos sesenta euros (771.460 €), junto con los intereses de demora devengados y los que se devenguen hasta el completo pago de la deuda.
- V.** Se condene a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores condenas y con la expresa imposición de las costas del presente proceso a los demandados.

Es justicia que pido a once de enero de dos mil veintiuno.

PRIMER OTROSÍ DIGO

Que, siendo general para pleitos la escritura de poder que acompaño, necesita mi mandante dicha escritura de poder para otros usos, por lo que intereso se acuerde que me sea devuelta dejando en autos constancia de la misma.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO

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

SUPLICO AL JUZGADO

Que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legalmente oportunos.

Lo solicito respetuosamente, en Madrid, a once de enero de dos mil veintiuno.

INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Cuestiones procesales:

De cara a realizar una previsión de la contestación a la demanda de las contrapartes, se debe tener en cuenta primeramente que las mismas podrán realizar la contestación da manera conjunta o separada. Además, de acuerdo al art. 13.3 LEC, aunque alguno de los litisconsortes se allane a la demanda, los demás podrán continuar siendo parte en el proceso mediante la formulación de sus pretensiones.

En cuanto a las alegaciones a esperar por parte de los demandados, en primer lugar, resulta probable que los mismos denuncien la falta de competencia objetiva y territorial de los Juzgados de Mercantil de Alicante mediante la presentación de declinatoria dentro de los primeros diez días del plazo para contestar a la demanda (arts. 63 y 64 LEC). Con respecto a la falta de competencia objetiva, la misma podrá ser argumentada tanto por Pufosa Asesores Financieros (y sus auditores) como por Greed Group. No obstante, según se explicó en el informe inicial, la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil está más que justificada por cuanto, con respecto a Pufosa, la petición de responsabilidad solidaria junto a los administradores de Habanera hace inevitable la acumulación de acciones ante un mismo juzgado, y, con respecto a Greed Group, porque la identidad íntima de los hechos de los casos y las consecuencias que unas acciones pudieran tener en otras requiere que se diluciden en un mismo proceso todas ellas, lo cual no puede hacerse sino ante el órgano judicial especializado.

Por otro lado, con respecto a la competencia territorial de los Juzgados de lo Mercantil de Alicante, cabe esperar que Greed Group formule declinatoria por incumplimiento de lo acordado con Sigaar en la cláusula de sumisión expresa. No obstante, según se ha visto, al tratarse de un proceso con pluralidad de acciones el tribunal competente es el del lugar correspondiente a la acción que es fundamento de las demás. Por lo tanto, no pudiendo afectar una cláusula suscrita inter partes al resto de demandados, no debe discutirse la competencia del Juzgado ante el que se presentó la demanda.

Por otra parte, no debe descartarse que los demandados se opongan en su escrito de contestación a la acumulación de acciones realizada (art. 405.1 LEC). No obstante, se debe afirmar que la misma está justificada en su totalidad. En particular, las acciones frente al Sr. Gekko (esto es, la acción individual de responsabilidad como administrador de Habanera y la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por su conducta desleal) están debidamente acumuladas en

virtud de lo dispuesto en el art. 71.2 LEC por dirigirse frente a una misma persona. Por otro lado, la acción frente a los administradores de Habanera y la acción frente a Pufosa Asesores Financieros y sus auditores están debidamente acumuladas por cuanto se les pide responsabilidad solidaria y, además, existe un nexo evidente en la causa de pedir (art. 72 LEC). Finalmente, con respecto a la acción frente a Greed Group, correspondía acumular dicha acción a las anteriores por existir también un nexo en la causa de pedir al fundarse las acciones en los mismos hechos.

Cuestiones materiales:

En lo que respecta a los argumentos sobre el fondo del asunto que cabe esperar que los demandados realicen, resulta probable, en primer lugar, que éstos defiendan la inexistencia de irregularidades contables en los documentos de Habanera, puesto que de la veracidad de este hecho dependen mayormente las probabilidades de éxito de la demanda.

De esta manera, cabe prever que los codemandados comiencen argumentando que no existen irregularidades contables sino meras discrepancias entre los informes de revisión financiera elaborados por las contrapartes. En esta línea, cabe esperar que los demandados fundamenten que el informe correcto es el realizado por Pufosa Asesores Financieros en el hecho de que, posteriormente a la elaboración del mismo, un experto independiente concluyó en un informe propio que el valor de las acciones de Habanera era semejante al determinado en el informe de la sociedad auditora.

No obstante, y en línea con lo argumentado en el informe previo a la interposición de la demanda, dicho informe no puede en ningún caso ser acreditante del correcto trabajo de Pufosa Asesores Financieros y de la inexistencia de irregularidades contables en Habanera, puesto que, como se viene defendiendo, el objeto del mismo era completamente diferente al del realizado por Pufosa, no teniendo que realizar -y, claramente, no habiendo realizado- un estudio de los documentos contables y financieros de Habanera sino una mera valoración económica de sus acciones. En este sentido, cabe recordar que la acción contra Pufosa Asesores Financieros y sus auditores no se basa (al menos principalmente) en la errónea valoración económica de Habanera, sino en el no empleo de la diligencia profesional que les es exigible para poder detectar las irregularidades contables de la sociedad. Prueba de esto, por último, es que no se haya decidido demandar al experto independiente, considerándose que él sí empleó la diligencia que le es exigible y que, sobre todo, cumplió con la función que le había sido encomendada.

Por otra parte, no resulta complicado imaginar que, para fundamentar sus pretensiones, los demandados argumenten la falta de valor del informe elaborado por el departamento de

contabilidad de Sigaar por su carácter parcial. No obstante, en primer lugar, se debe negar rotundamente la parcialidad de los auditores del departamento de contabilidad de Sigaar afirmando que, en la elaboración de informes financieros, éstos actúan siempre con máxima independencia y advertidos expresamente de que, como se ha visto, deberán responder directamente de cuantos daños su conducta pudiera ocasionar a terceros.

Asimismo, se debe recordar que las irregularidades contables fueron detectadas por Sigaar con anterioridad a la elaboración del informe financiero, de forma que los auditores que realizaron dicho trabajo analizaron los estados contables y los principales ratios económicos y financieros de Habanera en base a la documentación ya corregida con respecto a la original que había sido falseada por el órgano de administración de esta sociedad. Por lo tanto, resulta completamente congruente que el cálculo del EBITDA que realizaron estos auditores difiriera de modo significativo con respecto al calculado por Pufosa Asesores Financieros (y el experto independiente) dado que los informes se basaron en una información contable distinta.

Por otro lado, con respecto a la acción de responsabilidad civil contractual, es posible que Greed Group trate de no tener que hacer frente a la responsabilidad que, sin lugar a dudas, le atañe mediante la impugnación de los contratos que firmó con Sigaar para que se declare la invalidez de los mismos. En este sentido, cabe esperar que la sociedad presidida por el Sr. Gekko defienda la nulidad de los acuerdos por existir un vicio en el consentimiento prestado por Sigaar, indicando que los mismos fueron únicamente firmados por el Sr. Fox cuando, de acuerdo al carácter mancomunado del órgano de administración de Sigaar, éste debía firmar conjuntamente con el Sr. Roist para poder obligar debidamente a la sociedad.

Sin embargo, y pese a haber reconocido anteriormente que la ausencia de la firma del Sr. Roist podía llegar a afectar a la validez de los contratos suscritos, se debe afirmar ahora con rotundidad que no existe el vicio en el consentimiento alegado por cuanto, pese a no haber firmado el Sr. Roist cuando debía, sus acciones posteriores con respecto a los negocios concluidos constituyeron una ratificación tácita de los acuerdos firmados otorgando, de esta manera, plena eficacia a todos ellos. En este sentido, el art. 1.259 CC señala que “el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”, habiendo reconocido la jurisprudencia reiteradamente la admisibilidad de la ratificación tácita. En particular, la Audiencia Provincial de Valencia expuso en su sentencia 5266/2013, de 21 de noviembre de 2013, lo siguiente: “[...] siendo constante la doctrina jurisprudencial que en interpretación del precepto admite la ratificación tácita por la concurrencia de un comportamiento objetivamente inequívoco de la voluntad de ratificar”.

De este modo, cabe asegurar que, de acuerdo a los hechos del caso, el momento preciso en el que los contratos de la operación adquirieron plena vigencia fue en la reunión sostenida el día 10 de marzo de 2020 en Miami Beach con Greed Group, puesto que en la misma participaron conjuntamente los dos administradores mancomunados de Sigaar para debatir sobre los acuerdos suscritos, dando muestra suficiente de la ratificación del Sr. Roist de los mismos al demostrar éste ser plenamente conocedor de su contenido desde su suscripción y no realizar objeción alguna sobre su validez. En cualquier caso, de pretender negarse -incomprensiblemente- lo anterior por Greed Group, también ha de afirmarse que el Sr. Roist ratificó los contratos cuando aceptó su designación como administrador único de Newco el día 27 de abril de 2020.

Por último, con respecto a la acción de competencia desleal, el Sr. Gekko probablemente intente librarse de responsabilidad mediante la afirmación de que no que ha formado negocio paralelo alguno y de que las acusaciones de desviación de clientela son totalmente infundadas. En este sentido, pese a que se ha de reconocer que no ha podido acreditarse la existencia de un negocio paralelo, la desviación de clientela no puede ser discutida por cuanto existe una amplia lista de clientes que, sin justificación alguna, han abandonado sus relaciones contractuales con Newco mientras que han mantenido o han suscrito nuevos acuerdos con Greed Group. De este modo, la carga de la prueba de que esta evidente desviación de clientela no supone sino una mera coincidencia habrá de recaer sobre el Sr. Gekko, que no lo tendrá nada sencillo teniendo en cuenta los hechos de la presente demanda y la acreditada estafa ejecutada a Sigaar en la compra de las acciones de Habanera.

Para concluir, se debe indicar brevemente el contenido previsible de una posible reconvencción de los demandados, en virtud del art. 406 LEC. En este aspecto, cabe esperar una reconvencción por parte de Greed Group en base a los hechos sucedidos en Newco tras la detección de las irregularidades contables en Habanera, particularmente en relación con los acuerdos sociales aprobados por la junta general extraordinaria celebrada el día 27 de abril de 2020. Las acciones específicas que Greed Group podría plantear en este aspecto serían la de impugnación de acuerdos sociales, al amparo del art. 204 LSC, y también la de responsabilidad de los administradores, según el art. 236 LSC.

Con respecto a la primera, cabe prever que Greed Group argumente, conforme al art. 204.1 LSC, que el acuerdo de aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar supuso un abuso de la mayoría y causó, por tanto, una lesión del interés social. En este sentido, se deberá argumentar que dicho acuerdo no fue tomado sino por extrema necesidad para garantizar la viabilidad de la sociedad y, en consecuencia, proteger las inversiones de ambos

socios, señalando -y acreditando- particularmente que Newco se encontraba en una pésima situación financiera debido a, principalmente, la dolosa gestión realizada por el Sr. Gekko.

Por otro lado, se puede deducir una argumentación parecida de Greed Group con respecto a la impugnación del acuerdo de sustitución del administrador único de la sociedad. No obstante, esta impugnación carecería de todo fundamento por cuanto la sustitución fue propuesta únicamente en interés de la sociedad ante el clima de crispación que existía en ese momento entre el Sr. Fox y el Sr. Gekko, de forma que se despojara de sus funciones al primero para tranquilidad del segundo. Además, cabe recordar, en cualquier caso, que la decisión de que la administración de Newco recayera en todo momento en uno de los administradores de Sigaar se tomó de mutuo acuerdo entre las partes en la suscripción de los acuerdos de la operación.

Finalmente, con respecto a una posible acción de responsabilidad de los administradores, cabría esperar que Greed Group argumentara que los dos administradores únicos que ha tenido la sociedad -el Sr. Fox primero y el Sr. Roist en la actualidad- incumplieron sus deberes de lealtad mediante la anteposición de los intereses de Sigaar a los de Greed Group. No obstante, según se ha podido comprobar, ambos administradores han actuado en todo momento con toda la diligencia que les exigible, velando por los intereses de ambos socios y procurando garantizar la viabilidad de la sociedad pese a los permanentes intentos del Sr. Gekko de damnificarla mediante sus desleales actos. Y es que, en este sentido, cabe tener presente que la gestión diaria de Newco recayó en manos del Sr. Gekko, de modo que eran las acciones de éste las que podían afectar en mayor medida a la sociedad -y lo hicieron, aunque de forma negativa-, no pudiendo el administrador único sino esmerarse en intentar reparar los daños ocasionados.

En definitiva, hay que afirmar que las eventuales acciones reconvenzionales a plantear por los demandados no encontrarían sustento jurídico-material alguno y que, por lo tanto, deberían ser desestimadas en su conjunto por el juez.