



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

María Martínez de Bujanda Ruiz de Alegría

Dirigido por D. Abel Veiga Copo

Madrid

11 de enero de 2021

*A mis padres. Por su amor inquebrantable, por su sacrificio incansable, y por su generosidad impagable.*

## ÍNDICE

I.	BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS .....	5
II.	CUESTIONES PROCESALES.....	7
A.	<b>Competencia y jurisdicción. La cláusula de sumisión expresa .....</b>	<b>7</b>
B.	<b>Legitimación activa y pasiva. Posible litisconsorcio pasivo necesario.....</b>	<b>9</b>
C.	<b>Procedimientos según la LEC.....</b>	<b>11</b>
D.	<b>Proposición y medios de prueba .....</b>	<b>11</b>
E.	<b>Medidas cautelares .....</b>	<b>12</b>
III.	CUESTIONES JURÍDICAS.....	14
A.	<b>Base jurídica para posibles demandas.....</b>	<b>14</b>
1.	Reclamación de daños irrogados por supuesto falseamiento de contabilidad al valorar Habanera.....	14
2.	Responsabilidad de la firma de auditoría.....	17
3.	Responsabilidad de administradores.....	18
4.	Aspectos societarios intragrupo .....	20
	i. El delito de imposición de acuerdos abusivos. Art. 291 CP	
	ii. El delito de administración desleal. Art. 252 CP	
5.	Desviación de clientela constituyente de una posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko .....	22
6.	Responsabilidad de los administradores: mancomunada y solidaria .....	23
7.	Valoración de la Joint Venture .....	24
8.	Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos.....	26
9.	Valor probatorio de los correos electrónicos.....	28
10.	Utilización de doctrina y jurisprudencia.....	29
IV.	REDACCIÓN DE UN ESCRITO DE DEMANDA INICIAL DE ACUERDO CON LA DECISIÓN ESTRATÉGICA ELEGIDA.....	30
	Hechos.....	30
	Fundamentos Jurídicos .....	32
	Suplico.....	40
	Anexo.....	42
V.	INFORME DE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN.....	43



## I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

**GREED GROUP S.A.**, (en adelante, **Greed Group**) es una sociedad española que se dedica a la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, como la gomina, la confección de trajes, esmóquines o fracs. También se dedica a la prestación de servicios de coctelería internacional. Su Consejo de Administración está presidido por el Sr. Gordon Gekko. Asimismo, Greed Group es la matriz de un grupo empresarial con filiales en todo el mundo. Desde hace un par de años, Greed Group está experimentando dificultades de liquidez, y es por eso que el Sr. Gekko está buscando financiación distinta a la bancaria. Su objetivo es buscar potenciales inversores que se incorporen al accionariado de las filiales del grupo.

Como filial del grupo se presentaba **HABANERA S.A.U** (en adelante, **Habanera**), dirigida por el mismo órgano de administración que su matriz, renovándose el mismo a medida que cambiaba el de Greed Group. Se dedica a importar cigarros habanos directamente desde Cuba.

Por otra parte, **SIGAAR BV** (en adelante, **Sigaar**), quiere ampliar su actividad mediante la adquisición de una participación mayoritaria de Habanera. Se dedica a fabricar cigarros holandeses.

En septiembre de 2019 se reunieron el Sr. Gekko y el Sr. Bus Fox (administrador mancomunado de Sigaar) para la constitución de una **JOINT VENTURE**, mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (**NEWCO**), que fuese propietaria, por motivos fiscales, del 100% de las acciones de Habanera. Para que Sigaar presentase su oferta económica por las acciones de Habanera, Greed Group entregó a la primera un informe de revisión jurídica (*vendors due diligence*) y un informe financiero, realizado por **PUFOSA ASESORES FINANCIEROS**. En este informe se recogían estados contables y los principales ratios económicos y financieros a 31 de octubre de 2019, y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

Tomando en consideración estos documentos, Sigaar ofreció en pago de las acciones de Habanera un importe equivalente a 8 veces el EBITDA, que en 2019 ascendía a 972.222 euros. En total, Sigaar pagó 7.777.776 €. El 15 de noviembre de 2019 firmaron un acuerdo de intenciones en el que se describían los términos esenciales de la operación, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un período de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con vigencia de 24 meses. Se establecía la siguiente estructura para la operación.

- a. Primera fase. Sigaar adquiere el 75 % de Habanera al precio fijado en el informe de Pufosa Asesores Financieros.

- b. Segunda fase. Greed Group y Sigaar constituyen Newco aportando entre los dos el 100% del capital de Habanera, de tal forma que el capital social de Newco pertenece en un 75% a Sigaar y en un 25% a Greed Group.
- c. El informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente arrojó un resultado similar al contenido del informe realizado por la auditora.

El 20 de diciembre de 2019, Greed Group y Sigaar procedieron conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones. Los contratos de la operación, debidamente formalizados entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox y elevados a público, 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. En los contratos se estableció una cláusula de sumisión expresa en virtud de la cual, se establecía que todas las cuestiones y litigios se sustanciarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia,

Fruto de lo anterior, Newco quedó configurada como una sociedad anónima. El Sr. Bud Fox fue designado administrador único de Newco, dejando la gestión diaria en manos del Sr. Gekko.

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 manifestó que tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables, cometidas, a su juicio, por Habanera, con el objetivo de incrementar el EBITDA del ejercicio 2019 y así obtener un mayor precio por sus acciones. En todo momento, los representantes de Greed Group negaron las acusaciones y mostraron su disconformidad con las acusaciones vertidas a este respecto.

En la Junta General de Newco, celebrada el 27 de abril de 2020 se adoptaron dos importantes acuerdos. Por una parte, se destituyó al Sr. Fox como administrador único de Newco y entró a sustituirle Glauser Roist. Por otra parte, se acordó un aumento del capital social de Newco, por compensación de un crédito de Sigaar. Evidentemente, Greed Group, en calidad de accionista minoritario de Newco, votó en contra del aumento de capital acordado, considerando que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar. Además, en la opinión de Greed Group, esta ampliación de capital se había realizado con el ánimo de diluir sustancialmente su participación en Newco. Fruto de la ampliación de capital, Sigaar controlaba el 95%.

Fruto de la tensión entre las partes, a principios del mes de mayo Sigaar despojó al Sr. Gekko de sus funciones de gestión en Newco. Además, Sigaar sospechaba que el Sr. Gekko estaba montando una empresa paralela y desmotando clientela.

## II. CUESTIONES PROCESALES

### A. Competencia y jurisdicción. La cláusula de sumisión expresa

De los hechos arriba relatados se desprende que existe una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Valencia. Pero, ¿qué validez tiene esta cláusula? ¿Quedan las partes realmente vinculadas por ella?

Se define el acuerdo de sumisión como “*un pacto entre las partes de una concreta relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir, como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes*”<sup>1</sup>.

Es el Reglamento de Bruselas I-bis (en adelante, “**RB I-Bis**”) quien da respuesta a esta cuestión. En concreto, el artículo 25 RB I-bis reconoce la posibilidad de sumisión expresa de las partes a un foro concreto. La elección del foro por las partes presenta grandes ventajas, porque, entre otros, tras esta elección, i) se proclama la unidad jurisdiccional de los litigios, además de que ii) se predica una mayor seguridad jurídica en las transacciones internacionales.

Para producir los efectos que le son propios, el acuerdo atributivo de competencia o acuerdo de sumisión expresa debe cumplir tres tipos de exigencias o requisitos.

El primero de ellos es el requisito de **validez procesal**. Se contienen en el mismo art. 25 RB I-bis y en otras disposiciones generales del Reglamento Bruselas I-bis. Se exige, i) que exista un auténtico acuerdo atributivo de competencia, un pacto entre las partes en cuya virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre las partes, ii) que se elijan como competentes los tribunales de un Estado miembro, iii) que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una situación internacional, iv) que el asunto sometido pertenezca a materia contenciosa y no de jurisdicción voluntaria, v) que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros (arts. 25.4, art. 24 RB I-bis), vi) que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.

En nuestro caso todos los requisitos procesales se cumplen, porque en este caso se han elegido competentes los Tribunales de Valencia, en España. Además, el litigio se refiere a una situación internacional, porque las partes firmantes del mismo son, de Holanda (Sigaar), y de España (Greed Group). La materia objeto del presente supuesto de hecho no se constituye como una materia indisponible o sometida a jurisdicción voluntaria. Por tanto, la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Valencia, desde la perspectiva procesal, es válida.

---

<sup>1</sup> STS 16 de mayo de 2008

En lo que respecta a los requisitos de validez **formal**, también se regulan por el propio art. 25 RB I-bis, que exige al respecto una forma determinada *ad solemnitatem*. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse, i) por escrito o verbalmente, con confirmación escrita; ii) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o iii) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector considerado.

Es evidente que también el requisito de validez formal se entiende cumplido en nuestro caso, ya que la cláusula de sumisión a los Tribunales de Valencia ha sido otorgada por escrito (en los hechos se nos dice que se incluyeron en los contratos) entre Sigaar y Greed Group.

Por último, también deben cumplirse los **requisitos de validez sustancial**. Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y a su consentimiento para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se regirán por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conflicto de leyes. Por tanto, los requisitos de validez sustancial se regirán por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las normas del Código Civil. Nada se nos dice en los hechos que nos pueda hacer dudar de la capacidad de las partes para otorgar esta cláusula de sumisión expresa.

Habiendo comprobado el cumplimiento de los requisitos anteriores, declaramos la **validez de la cláusula**.

Las partes quedarán vinculadas por esta cláusula de sumisión expresa. Pero, ¿qué pasaría si una de las partes incumple esta cláusula? Las consecuencias que se derivan de que una parte interponga acciones judiciales en otros Tribunales distintos a los indicados en la cláusula de sumisión no son del todo pacíficos, y por ello, se han llevado a cabo dos posiciones doctrinales. Algunos expertos defienden que el acuerdo atributivo de competencia presenta un relieve procesal muy marcado, y que esto determinará que en caso de incumplimiento de esta cláusula, las consecuencias derivadas sean estrictamente procesales. Así, el tribunal al que la parte ha acudido se declarará incompetente. Sin embargo, otro sector de la doctrina defiende que el acuerdo atributivo de competencia es, en realidad, un contrato. Así ocurre en los sistemas jurídicos de *Common Law*. Por ello, la parte perjudicada que ha sido llamada por otro tribunal distinto del pactado y que ha tenido que litigar ante tribunales que no fueron los pactados, podrá demandar a la otra parte por incumplimiento del pacto y solicitar una indemnización por daños y perjuicios. En este sentido se ha pronunció la STS 12 de enero 2009.



## B. Legitimación activa y pasiva. Posible litisconsorcio pasivo necesario

Es sabido que la legitimación activa es la que corresponde al demandante en el proceso, mientras que la legitimación pasiva es la que tiene el demandado. Es muy importante constatar la primera, porque sin ella el actor no puede hacer valer sus pretensiones en el proceso, porque el Tribunal, ante la falta de legitimación activa del actor, procederá directamente a desestimar la demanda. Es la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 10, la que recoge esta cuestión, estableciendo al efecto que “*serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica y objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”.

Será la parte actora quien deba acreditar que ostenta legitimación para ejercitar el derecho que hace valer en juicio. El hecho de que no pueda probarlo hace decaer la posibilidad de ejercicio de la acción<sup>2</sup>. Resultará conveniente también asegurarse que la parte demandada presenta, asimismo, legitimación pasiva con respecto al derecho ejercitado.

En caso de falta de legitimación, la parte demandada deberá manifestarlo en su contestación a la demanda y demostrarlo posteriormente en la audiencia previa o en el juicio, *ex arts.* 418 y 443 LEC.

Una vez hemos descrito los requisitos necesarios para poder hablar de legitimación activa y pasiva, nos gustaría hacer una breve referencia al posible litisconsorcio pasivo necesario. ¿Podría hacerse valer en este caso?

Se define el **litisconsorcio pasivo necesario** como una figura de creación jurisprudencial, que tiene lugar cuando se constituye irregularmente el litigio, al no ser dirigida la demanda contra los sujetos que obligatoriamente han de ser demandados. Ello en virtud del artículo 12.2 LEC, que establece que “*la defensa de los derechos de las partes solamente puede ser efectiva si se demanda a todas las personas que se considera necesario demandar*”.

Nunca se podrá alegar litisconsorcio activo necesario, porque a nadie se le puede obligar a ejercitar una acción. La excepción de litisconsorcio pasivo necesario se justifica en la necesidad de evitar que puedan ser afectados por una resolución judicial quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio, así como la de impedir que se produzcan sentencias contradictorias sin posible ejecución.

¿Podría demandarse, en virtud del litisconsorcio pasivo necesario, a Greed Group y a Habanera? Los motivos que nos pueden conducir a pensarlo son, en primer lugar, que Greed Group es la matriz de un importante grupo empresarial con filiales extendidas por

---

<sup>2</sup> STS 31 de mayo de 2006, rec. 3297/1999

todo el mundo, entre las que se encuentra Habanera. Matriz y filial están dirigidas por el mismo órgano de administración.

La jurisprudencia, en STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 1038/2008, de 14 de noviembre (RJ 2008/6048) ha distinguido dos tipos de litisconsorcio pasivo necesarios. El primero de ellos es el denominado litisconsorcio pasivo necesario **propio**. Se engloban dentro de este aquellos que la Ley específicamente los prevé<sup>3</sup>. El segundo de los casos es el litisconsorcio pasivo necesario **impropio**, que aplica su análisis a cada caso concreto, y se da en caso de situación de inescindibilidad de la relación jurídica litigiosa.

¿Es el caso de un **grupo de sociedades** un supuesto de **inescindibilidad**? Para responder a esta cuestión resulta relevante hacer hincapié en el régimen jurídico del grupo de sociedades, el alcance del mismo, y la independencia o no de las filiales que lo conforman.

En primer lugar, el grupo societario exige la concurrencia de una sociedad matriz (Greed Group), que es la que ejerce la dirección unitaria del grupo y una o varias sociedades filiales (entre otras, Habanera), sometidas a la dirección unitaria de la matriz. Los presupuestos de la existencia del grupo de sociedades, son, i) la autonomía jurídica de los integrantes del grupo, en el sentido de que la integración en el grupo no entraña la pérdida de su responsabilidad jurídica, ii) la dirección unitaria, de modo que la autonomía jurídica de las sociedades del grupo se contrapone a la pérdida total o parcial de su autonomía económica. El Tribunal Supremo, en STS 4 de marzo de 2016, entendió que debía existir un control “directo o indirecto” de una sociedad sobre otra u otras.

A nuestro juicio, no procedería la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario impropio, porque al tener la matriz y la filial **personalidades jurídicas distintas** y diferenciadas, no podrá una entrar a formar parte de un pleito litigioso simplemente por formar parte del mismo grupo de sociedades. En STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 80/2014, de 28 de febrero (RJ 2014/1423), nuestro más Alto Tribunal declaró que el perjudicado debía dirigir directamente su reclamación contra la empresa individualizada que le había ocasionado el daño.

Sin perjuicio de lo anterior, existen varios supuestos reconocidos jurisprudencialmente, en virtud de los cuales resultarán demandados, simultáneamente, matriz y filial. Estos supuestos son: i) responsabilidad por instrucciones perjudiciales, de la matriz a la filial, ii) responsabilidad por apariencia (la matriz responderá subsidiariamente de las deudas de la filial cuando se haya generado en el acreedor de esta última la apariencia de que la matriz asumía tal responsabilidad), iii) por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y, por último, iv) por responsabilidad de la matriz como administrador de hecho de la filial. Sobre este último punto, conocidos autores

---

<sup>3</sup> En este sentido, en materia de arrendamientos, para el caso de que el arrendador quiera demandar a uno de los arrendatarios por falta de pago de la renta, deberá demandar a todos los arrendatarios. En virtud del art. 1139 CC, la deuda sólo es exigible procediendo contra todos los deudores.

doctrinales han afirmado que “*la calificación de la matriz no resulta posible cuando ésta únicamente influya en la gestión de la filial desde su posición de sociedad dominante como líder del grupo con el objetivo de garantizar la planificación estratégica y las directrices de gestión a nivel grupal*”.

No concurre ninguno de los supuestos descritos *ut supra*. Consecuentemente, no procederá la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario entre Greed Group y Habanera.

### **C. Procedimientos a seguir de conformidad con la LEC**

El artículo 248 LEC establece, en su párrafo segundo, las clases de procesos declarativos, que son: i) el juicio ordinario y ii) el juicio verbal. Salvo que por Ley se requiera una tramitación procedimental específica del litigio (procedimiento monitorio, de desahucio...) se tramitarán mediante un procedimiento declarativo, que se divide, a su vez, en dos, que resultan excluyentes el uno del otro. Son el ordinario y el verbal.

Por otra parte, el art. 249 determina la aplicabilidad de las reglas del juicio ordinario cuando el litigio en cuestión se centre en determinadas materias, o acoja una determinada cuantía (los pleitos de más de 6000 € o de cuantía indeterminada). Las concretas materias están recogidas en el art. 249.1 LEC. Dentro de este precepto, el punto tercero del párrafo primero establece el **cauce del juicio ordinario** en el caso de “*demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles*”. Por tanto, en nuestro caso concreto, en virtud del art. 249.1.3ª LEC, acudiremos a los trámites del juicio ordinario.

### **D. Proposición y medios de prueba**

La posibilidad de aportar pruebas, como no podía ser de otra manera, viene recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los arts. 299 y siguientes. Se constituye como un medio de defensa del que gozan las partes para defender, como mejor crean, su derecho. En nuestro caso, ya que Sigaar piensa que los administradores de Greed Group han cometido irregularidades contables para incrementar el EBITDA del año 2019 (con el hipotético fin de obtener un mayor precio por sus acciones), aconsejamos a esta parte que solicite es un **informe pericial**, ex art. 299.1.4ª LEC, para que sostenga la veracidad de la valoración Ebitda emitida por Greed Group en su momento (972.222 euros)

Otra prueba que aconsejamos a Greed Group que aporte es la **documental**, tal y como reza el art. 299.1.3º LEC, para aportar los distintos burofaxes que se intercambiaron con Sigaar, y así probar la mala relación entre las partes (esto nos servirá, en la demanda, para acreditar la ausencia de necesidad razonable en la adopción del acuerdo de Junta General del 27 de abril de 2020).

## E. Medidas cautelares

Como medida cautelar podemos pedir la **suspensión de la Junta General Extraordinaria de Newco**, de 27 de abril de 2020, en virtud de la cual se adoptó, entre otras, la ampliación de capital de Newco por compensación del crédito de Sigaar, y acabó por diluir la participación de Greed Group en Newco (de un 25% a un 5%).

Las medidas cautelares también vienen configuradas en la LEC, en sus artículo 730 y ss. La petición de medidas cautelares, con carácter general, debe hacerse junto con el escrito de demanda principal. El fundamento de las medidas cautelares no es otro que asegurar el cumplimiento y la efectividad de la sentencia. Por ello, y por la gravedad que lógicamente entraña su adopción, se deben cumplir una serie de requisitos, *ex art. 728 LEC*.

Trataremos de razonar el cumplimiento de estos requisitos en nuestro caso concreto (en calidad de demandantes del procedimiento por impugnación de acuerdo social, representando los intereses de Greed Group). Los requisitos que deben cumplirse son tres, y su cumplimiento es siempre cumulativo y nunca alternativo. El primero de ellos es el peligro por la mora procesal. En este caso el requisito se entiende cumplido, porque en el caso de no adoptarse la medida cautelar, se procedería a la ejecución del acuerdo, con la consiguiente efectiva dilución de la participación de Greed Group en Newco, y las respectivas consecuencias que ello entrañaría. Se requiere urgencia en la adopción de la medida cautelar, porque de modo contrario se estaría causando a Greed Group perjuicios irreparables. El segundo requisito es el *fumus boni iuris*, también conocido como apariencia de buen derecho. Para la apreciación del cumplimiento de este requisito nos remitimos íntegramente al escrito de demanda que más adelante exponemos. Baste por ahora decir, que los intereses del socio minoritario se han visto efectivamente perjudicados, y que se encuentra en su legítimo ejercicio para impugnar un acuerdo social, en virtud del art. 204.1 LSC. Para apreciar la concurrencia de este requisito el Tribunal no debe hacer un examen exhaustivo sobre las posibilidades de éxito del ejercicio de la acción, sino que es suficiente con acreditar que aparentemente podrá prosperar. El tercer y último requisito es el ofrecimiento de caución para la adopción la medida cautelar. Ni en situaciones de urgencia se puede prescindir de su prestación. Por lo tanto, Greed Group también deberá cumplir con este requisito para lograr la suspensión.

En el caso de que el Tribunal apreciara razones de urgencia argumentadas por el solicitante, podría adoptar las medidas sin trámite de audiencia, sin perjuicio de que esto se constituya como excepción y no como regla general. Contra el auto que resuelva la adopción de estas medidas cautelares *inaudita parte* no cabrá recurso, pero sí se podrá deducir oposición, en los 20 días siguientes a la notificación del auto que las resolvió. Esta oposición se practicará en la forma prevista en los arts. 739 y ss. LEC. En virtud del artículo 740 LEC, el que formule oposición “*podrá alegar cuantas causas estime concurrentes para acreditar la improcedencia de la medida cautelar, así como el ofrecimiento de caución sustitutoria*”.

En el caso de que el Tribunal denegare la adopción de la medida cautelar de suspensión del acuerdo de la Junta General, Greed Group podrá recurrir esta decisión únicamente en apelación.

### III. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS A TRATAR

#### A. Base jurídica de algunas demandas

##### 1. Reclamación de daños irrogados por supuesto falseamiento de contabilidad al valorar Habanera

Las cuentas anuales, dice el artículo 254 LSC, comprenderán i) el balance, ii) la cuenta de pérdidas y ganancias, iii) un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, iv) un estado de flujos de efectivo y v) la memoria, debiendo formularlas los administradores en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social.

Lógicamente, serán los administradores quienes puedan cometer este delito. Así lo declara el art. 290 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, “Código Penal” o “CP”) que 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”*.

Aunque se persiga un fin de carácter general, no nos encontramos ante una acción pública. Su persecución, como norma general, debe ser precedida de denuncia por la persona agraviada o por su representante legal, según el art. 296 CP. En este caso, será Sigaar quien deba hacer valer la acción penal, pues es quien, en virtud de los hechos del supuesto de hecho, hipotéticamente se ha visto perjudicado por la valoración de Habanera.

El Tribunal Supremo, en STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 558/2018 de 15 de noviembre (RJ 2018/5069) estableció que, *“el delito societario de falsedad contable goza de autonomía propia (...), viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas anuales que deben reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a los socios o a un tercero (STS núm. 836/2009, de 16 de julio, RJ 2009, 69899).”* Así, el delito se cometerá cuando se falseen cuentas de forma idónea para causar un perjuicio económico.

En este caso, podrá Sigaar iniciar la acción penal, porque disfruta de **legitimación activa** en este supuesto. La STS 24 de noviembre de 2016 (EDJ 2106/214097), declaró que será sujeto pasivo del delito *“una persona determinada o varias, no la generalidad”*.

Está claro que el alcance jurídico de Sigaar se puede concretar y que no es indeterminado. Tendrá legitimación activa para el ejercicio de la acción.

Estamos ante un delito societario que la doctrina califica de especial y propio, toda vez que requiere una especial condición del sujeto activo: ser administrador de la sociedad.

El bien jurídico protegido es el **deber de veracidad y transparencia** en la información económico financiera que, en una economía de mercado, obliga a los agentes económicos y financieros, para permitir la seguridad del tráfico mercantil, servir de garantía a los socios y a quienes contrataron con la empresa, y prevenir perjuicios patrimoniales (SAN Sala de lo Penal de 13 de julio de 2018, EDJ 2018/519329). Dicho con otras palabras, el tipo penal tutela tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La forma de defendernos, en calidad de administradores de Greed Group, de las posibles acusaciones de Sigaar se centrará en los siguientes tres puntos: i) que no se ha conculcado el tipo penal, porque no se han falseado las cuentas, ii) que la valoración Ebitda es válida en nuestro sistema jurídico<sup>4</sup>, y iii) que la falta de coincidencia de dos valoraciones Ebitda no es presupuesto suficiente el ejercicio de esta acción.

En primer lugar, sobre el concepto de “falsear”, resulta relevante traer a colación la STS 13 de julio 2020 (RDJ 2010/152985), que considera que falsear es “*mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos (...) que frustra el derecho de los destinatarios a la obtención de información completa y veraz sobre la situación jurídica y económica*”. Ninguno de los elementos objetivos del tipo se ha cumplido, porque el método de valoración Ebitda es simplemente un indicador financiero, que muestra el multiplicador del valor de la compañía sobre los recursos que genera una empresa con independencia de su estructura financiera (por eso se excluyen los intereses y los impuestos), su tasa impositiva y su política de amortizaciones. Por tanto, el método de valoración Ebitda no tiene el objetivo de describir la totalidad de la situación económica de Habanera, mas es un ratio que aporta valor desde un porcentaje reducido de la totalidad del *scope* de la operación.

Los requisitos ii) y iii) van de la mano y es necesario hacerlo así para una mejor defensa de Greed Group. Su validez y eficacia es indiscutible, como también lo es la inexactitud de los resultados que se emiten. No puede pensarse que la valoración distinta de Habanera, desde el método Ebitda, de Sigaar y Greed Group constituye un delito del art. 290 CP. Otro de los puntos fuertes de Greed Group para defenderse de las acusaciones vertidas contra él será que el momento en el que se efectuó valoración Ebitda de Habanera fue distinto del de Sigaar. Sin perjuicio de alterar los hechos del supuesto de hecho que

---

<sup>4</sup> Numerosa jurisprudencia trata este tema. Por todas, SAN, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 3/2016, de 18 de enero (AS 2016/66); SAN, Sala de lo Penal, Sección 4ª, núm. 14/2020, de 6 de octubre (ARP 2020/1398).

se nos han proporcionado, todo apunta a pensar que Greed Group y Sigaar solicitaron la valoración Ebitda en momentos no coincidentes, de ahí que su resultado tampoco lo sea.

Además de lo anterior, Greed Group deberá acreditar la falta de existencia de una relación de causalidad entre su actuación y el hipotético daño causado a Sigaar. Podemos traer a colación el ATS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 416/2016, de 18 de febrero (RJ 2016/1539), que desestimó el recurso de casación en el que la recurrente, entre otros pedimentos, solicitó al Tribunal que declarara la existencia de un delito societario del art. 290 CP por falseamiento del Ebitda. Nuestro más Alto Tribunal entendió, que **el falseamiento del Ebitda y de los datos contables de los ejercicios de los dos años siguientes no fueron determinantes para la adquisición de la sociedad**. Nuestro caso resulta prácticamente idéntico. Podríamos concluir, entonces, que el hipotético falseamiento del método Ebitda en Habanera, por parte de los administradores de Greed Group, no tiene la suficiente envergadura, en primer lugar, para que se entienda conculcado el tipo penal del art. 290 CP, y, en segundo lugar, porque la valoración Ebitda, citando esta sentencia, no determinó la decisión de Sigaar de la adquisición de las acciones de Habanera.

Fruto de lo anterior, Sigaar verá desestimada su pretensión, y no resultará de ninguna manera acreedora de una posible indemnización por daños y perjuicios.

Pero, ¿puede extenderse la responsabilidad que se predica del art. 290 CP a las firmas de auditoría? Este es un tema que no deja irrelevante a nadie, y que ha sido tratado con asiduidad por nuestra jurisprudencia. Tal y como establece la STS, Sala de lo Penal, núm. 867/2002, de 29 de julio (RJ 2002/6537), *“si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse (...) que no se debe descartar la posibilidad de participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados”*. Para esto, se requiere distinguir entre auditores internos y externos. Respecto de los auditores internos, se extenderá más fácilmente la responsabilidad prevista en el art. 290 CP, especialmente para el caso de aquellas sociedades que cuenten con un comité de auditoría. Existe una tendencia jurisprudencial, cada vez más acrecentada, a derivar también esta responsabilidad en casos de auditores externos (por todas, STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 869/2008, de 14 de octubre, RJ 2008/6913; STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 115/2009, de 5 de marzo, RJ 2009/1631).

Por último, importa ahora decir que en la contestación a la Greed Group deberá añadir la petición de sobreseimiento total por falta de acreditación de la realidad material del delito, en virtud del art. 634 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Amén de lo anterior, Greed Group se defenderá de la responsabilidad civil derivada del hipotético delito con los mismos argumentos empleados en párrafos anteriores.



## 2. Responsabilidad de la firma de auditoría

Pufosa Asesores Financieros fue contratada por Sigaar para la valoración del Ebitda de Habanera. La valoración de Sigaar respecto de Habanera fue de 972.222 euros, mientras que la valoración de Pufosa Asesores Financieros fue de 777.776 euros.

Los auditores pueden ser responsables penal y civilmente, y se sujetan a una norma específica en el ejercicio de sus funciones, a saber, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en lo sucesivo, “LAC”). El art. 26 LAC recoge la responsabilidad civil que se deriva de la auditoría, estableciendo que *“los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, en las particularidades establecidas en este artículo”*. En consecuencia, la responsabilidad de los auditores podrá ser tanto contractual como extracontractual (el incumplimiento de la *lex artis* de la auditoría acarrea una serie de consecuencias negativas contra el interés general, porque afecta negativamente a terceros que no se encuentran dentro de la relación contractual, como los accionistas).

La jurisprudencia (entre otras, SJPI, nº 18 de Madrid, sentencia núm. 7/2017, de 9 de enero (JUR 2019/95823) ha establecido que las obligaciones que los auditores asumen son de medios, no de resultados, y que la responsabilidad que de ellos se predica no es objetiva, ni de aplicación de la teoría del riesgo.

Para la concurrencia de responsabilidad contractual en materia de auditoría, la STS 444/2016, de 1 de julio de 2016, núm. Rec. 48/2014; SAP de Madrid, Sección 11ª, de 30 de septiembre de 2015, JUR 2015/ 255594, entiende necesario el cumplimiento de determinados requisitos. Son los siguientes: i) una actuación **antijurídica** por parte del auditor en el marco de una relación contractual, ii) que la conducta del auditor sea culpable por haber actuado con **dolo o culpa**, iii) que se haya causado un **perjuicio o daño a la sociedad** auditada, iv) que exista una **relación de causalidad** entre el daño y perjuicio sufrido por la sociedad auditada y la conducta antijurídica del auditor. Lo más difícil de probar y lo que más relevante resulta es, en efecto, la relación de causalidad entre la actuación del auditor y el correspondiente daño.

Además de esta acción de responsabilidad, la LAC recoge en su Título III una serie de sanciones adicionales para este tipo de supuestos. El art. 68 atribuye la potestad administrativa sancionadora al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, “ICAC”). Según la relación de infracciones que se recogen en dicha norma puede que estemos ante una infracción muy grave, que como recoge el art. 72.a) LAC se da cuando *“la emisión de informes de auditoría de cuentas cuya opinión no fuese acorde con las pruebas obtenidas por el auditor en su trabajo, siempre que hubiese mediado dolo o negligencia especialmente grave o inexcusable”*. Si verdaderamente se ha cometido una infracción esta lleva aparejada una sanción.

Por último, también podrá predicarse responsabilidad penal por el ejercicio de la auditoría. Existe una sentencia reciente, SAN, Sala de lo Penal, Sección 4ª, núm. 14/2020, de 6 de octubre (JUR 2020/292696) que condena penalmente a una sociedad de auditores como autora responsable de un delito de falseamiento de información económica y financiera. También en el caso de la STS 688/2019, de 4 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2020/951) se imputó, entre otros delitos, un delito de falseamiento en las cuentas anuales, y el Tribunal Supremo entendió que el auditor de cuentas había sido cooperador necesario en la conculcación del tipo delictivo. Nuestro más Alto Tribunal entendió que *“el informe de auditoría, como pone de relieve la doctrina más autorizada, opera como un elemento de seguridad de enorme trascendencia para la correcta valoración de información suministrada por las sociedades a través de la publicidad de sus cuentas anuales”*, añade también que *“su función opera como un elemento de seguridad para terceros ajenos a la misma sociedad, respecto a si las cuentas se han preparado y presentado según las normas aplicables”*.

En este caso, la responsabilidad se predicaría de Pufosa Asesores Financieros, por ser los que han efectuado informe de revisión financiera de Habanera. La forma más eficaz de que Pufosa Asesores Financieros se exonere de la responsabilidad y de la consecuente indemnización de los daños y perjuicios será acreditando la falta de relación de causalidad entre la elaboración de su informe y la causación del perjuicio por quien lo alega. Jurisprudencialmente, ha sido este supuesto que mejor ha servido para la desestimación de responsabilidad a auditores.

Por parte de Greed Group, para que se estime su acción de responsabilidad civil contra Pufosa Asesores Financieros tendrá que acreditar la relación de causalidad existente entre la valoración excesiva de Habanera y el padecimiento de un daño por la conducta.

### 3. Responsabilidad de administradores

Establece el artículo 236 LSC que *“los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”*.

Los deberes de los administradores se trasladan en i) el deber de diligencia y ii) el deber de lealtad. El artículo 227.1 LSC recoge el deber de los administradores de *“desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. Por otra parte, las obligaciones vinculadas al deber de lealtad son las descritas en el artículo 228 LSC. Son las siguientes: i) la obligación de no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidos, ii) guardar secreto sobre informaciones, datos, informes o antecedentes a los que hayan

tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando hayan cesado en él, salvo en los casos que la ley lo permita, iii) abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que tengan conflicto de interés, iv) el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, y por último, v) la adopción de medidas necesarias para evitar que sus intereses puedan incurrir en conflicto con el interés social y con sus deberes sociales.

La Ley de Sociedades de Capital ofrece varios remedios para exigir la responsabilidad de los administradores. Si entendemos acreditado el incumplimiento del deber de lealtad, deberemos interponer una de las siguientes acciones: i) acciones de responsabilidad, ii) acción de impugnación de acuerdos de Junta General, iii) acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores, iv) acción de cesación o remoción, y v), acción de indemnización de daños y perjuicios y de devolución del enriquecimiento injusto.

Por otra parte, para exigir la responsabilidad de los administradores, Greed Group deberá hacer valer la **acción social**, del artículo 238 LSC. El objetivo de la acción social es resarcir el daño causado por el administrador a la sociedad, y así conseguir restablecer el daño contra el patrimonio individual de socios o de terceros. La legitimación para ejercer la acción social la ostentan, de conformidad con los arts. 238, 239 y 240 LSC, la sociedad, previa convocatoria de la Junta General, así como los socios que disponen de un mínimo del 5% del capital social. Greed Group, tras el acuerdo alcanzado en Junta General el 27 de abril de 2020, pasó a tener el 5% del capital social en Newco. Por tanto, podrá verse legitimada para su ejercicio.

Afirmamos que Greed Group podrá ejercitar una acción social, en detrimento de una individual, por cuanto se establece en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, nº 2 de Bilbao, que en Sentencia de 26 de febrero de 2019 recoge que *“la infracción del deber de lealtad no puede fundamentar una acción individual de responsabilidad, sino una acción social causado al patrimonio social”*. La única vía susceptible de ser empleada para recabar responsabilidad de los administradores será la acción social.

Sobre la esta acción se ha pronunciado en numerosas ocasiones nuestro más Alto Tribunal. En STS de 16 de abril de 2018 se recogían los requisitos para el ejercicio de la acción social. Estos son: i) la existencia de un comportamiento activo o pasivo de los administradores, ii) que este comportamiento sea imputable a dichos administradores, iii) que la conducta cuestionada tenga la calificación de antijurídica, iv) que la sociedad haya sufrido efectivamente un daño, y, por último, v) que exista una relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño finalmente acometido.

Entendemos que todos los requisitos exigidos se cumplen, y, por tanto, Greed Group podrá dirigir la acción social contra Sr. Fox, en calidad de administrador único de Newco, por la adopción del acuerdo de ampliación de capital de 27 de abril de 2020, que en el escrito de demanda impugnaremos. Una de las consecuencias más importantes del

ejercicio de la acción social es el cese automático del administrador en sus funciones, sin embargo, como el Sr. Fox ya ha sido destituido, no operará en este caso el beneficio de la destitución automática del ejercicio de la acción del artículo 238 LSC.

#### 4. Aspectos societarios intragrupo

Sin perjuicio de que existan numerosos aspectos societarios intragrupo, nos interesa en el caso concreto dilucidar aquellas que tengan más relación con los aspectos penales. Los aspectos mercantiles que esta parte ha considerado de interés, como la ampliación de capital injustificada por parte de Newco y la opresión de la minoría que Greed Group ha sufrido, serán tratamos en la demanda.

##### i. El delito de imposición de acuerdos abusivos. Art. 291 CP

El hecho que sirve de base para la apreciación de este delito es la adopción de un acuerdo societario. Este primer “pre requisito” se cumple, pues contamos con el acuerdo adoptado el 27 de abril de 2020, en Junta General Extraordinaria, en virtud del cual se aprobó la ampliación de capital de Newco por compensación del crédito de Sigaar.

Literalmente, dice el art. 291 CP, *“los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, con multa del tanto al triple del beneficio obtenido.”*

Como líneas generales de esta modalidad de delito societario se puede afirmar que a) el sujeto activo del delito deben ser los socios mayoritarios, b) es necesario que se haya impuesto el acuerdo, c) que la adopción del acuerdo se haya adoptado con ánimo de lucro propio o ajeno, y que d) la adopción del acuerdo no reporte beneficios a la sociedad.

Para el ejercicio de esta conducta, el Tribunal Supremo, en STS 654/2002, de 17 de abril, ha reconocido legitimación activa, por su condición de sujetos pasivos del delito, a “la minoría de los socios y la propia sociedad”. Por tanto, el Sr. Gekko, en representación de Greed Group, estará legitimado activamente para el ejercicio de esta acción penal (recordemos que tras la ampliación de capital, su participación en Newco se ha visto reducida hasta un 5%).

Además, la jurisprudencia, STS 172/2010, de 4 de marzo ha calificado este delito como delito especial, pues se ha establecido que sólo podrán cometerlos los administradores y socios de la sociedad. En el caso que nos ocupa, también parece cumplirse este requisito, pues es desde Newco desde donde se acuerda la ampliación de capital por compensación de crédito de Sigaar.

El objeto material del delito, en consecuencia, no requiere que la obtención del acuerdo haya sido obtenido ilícitamente, basta que se califique de abusivo. La jurisprudencia (entre otras, Sentencia Juzgado de lo Penal, núm. 2 de Murcia, de 26 de junio de 2002, ARP 2002/488, lo ha considerado abusivo cuando i) el acuerdo se imponga con ánimo de lucro propio o ajeno, ii) cuando se actúe prevaliéndose de una situación mayoritaria en la Junta de Accionistas, iii) cuando del acuerdo puedan resultar perjudicados los intereses patrimoniales de los demás socios, y cuando iv) en ningún caso ese acuerdo reporte beneficios para la sociedad.

Este delito ha sido calificado de peligro concreto (SAP de Murcia, Sección 2ª, núm. 46/2020, JUR 2020/1375; STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 17 de abril de 2002, núm. 1051/2000). No exige la existencia de un perjuicio real, bastando para su consumación la adopción de un acuerdo. También se cumple este requisito en nuestro caso, pues el acuerdo de 27 de abril de 2020, de Junta General Extraordinaria de Newco ya ha sido adoptado.

Parece que todos los requisitos se cumplen, y, por tanto, podría predicarse sin mucho problema la prosperabilidad de la acción. El requisito que entendemos que más fácil podrían atacar de contrario es el de “que en ningún caso el acuerdo reporte beneficios a la sociedad”.

ii. Delito de administración desleal. Art. 252 CP

El artículo 252.1 CP establece que “*Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*”.

A nuestro juicio, existen indicios que nos permiten afirmar la prosperabilidad de esta acción penal.

En primer lugar, podría argüirse el carácter innecesario e injustificado del coste de la operación de ampliación de capital por conversión del préstamo. Se trata en este caso de la concesión inicial de un préstamo de Sigaar a Newco, para la posterior conversión del préstamo y la necesaria ampliación de capital de Newco. Se ha pretendido dar una apariencia de negocio jurídico (conversión del crédito en ampliación de capital), que servía para concurrir a una ampliación de capital (la de Newco), cuando en realidad lo que buscaban los administradores de Sigaar, aún a costa de perjudicar a la propia mercantil, era ampliar el capital de esta sociedad y diluir las participaciones de Greed Group en ella. De esta manera, lo que pretendía conseguir el Sr. Fox (administrador único de Newco) era aumentar sus beneficios personales fruto de esta operación (a costa de perjudicar desproporcionadamente a Greed Group). A su vez, el Sr. Fox era administrador

mancomunado de Sigaar, y Sigaar participaba en un 75% (tras la adopción del acuerdo de Junta General, en un 95%) en el capital social de Newco.

Sirva esto para ilustrar la evidente vinculación entre prestamista y prestatario, amén de el absoluto carácter fraudulento de la operación, pues el único objetivo que tiene es enriquecer a Sigaar y al Sr. Fox, arrinconando la participación de Greed Group en Newco (¡se ha quedado con un simple 5%!) y ocasionando a Newco un importante e innecesario gasto, fruto de la operación de ampliación de capital.

Esto no son meras conjeturas o supuestos hipotéticos que no encuentran su anclaje en la realidad. El 27 de abril de 2020 se adoptó este acuerdo, y se ocasionó un más que evidente perjuicio a Newco. La convocatoria de esta Junta constituye el tipo delictivo que se enuncia en el art. 252 CP. Ya no quedan dudas de la existencia y determinación de un perjuicio. Así, tratándose de una maniobra del todo innecesaria, los intereses del crédito no constituyen un gasto ordinario, pues son, a todas luces, un perjuicio para la sociedad.

##### 5. Desviación de clientela constituyente de una posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko

Sigaar tiene la sospecha de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando clientela. ¿Regula la Ley de Competencia Desleal este supuesto? ¿Se puede declarar la responsabilidad del Sr. Gekko con llevar a cabo estos hechos? En los siguientes párrafos trataremos de arrojar luz sobre este supuesto, y de asesorar como mejor proceda al Sr. Gekko.

El artículo 4.1. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Defensa de la Competencia (“LDC”), a modo de cláusula general de los actos de competencia desleal considera como tal “*todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Este precepto ha sido dotado de contenido autónomo y debidamente concretado, para reprimir aquellos comportamientos que atentan contra la buena fe objetiva que debe regir en un sistema de libre mercado. La STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 1169/2006, de 24 de noviembre (RJ 2007/262) ha dispuesto que “*se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado*”.

La SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 244/2012, de 18 de junio (JUR 2012/312961), en esta línea, precisa que una de las manifestaciones subsumibles en dicha cláusula general prohibitiva son los denominados actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, supuestos de utilización de prestaciones o resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento que no se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva. Y dentro de ese género suelen contemplarse los actos tendentes a la captación de clientela ajena. Esta conducta, *per se* no es ilícita (antes al contrario, se

permite en un sistema de libre competencia). Será merecedora de reproche en los casos en que la captación de clientela se realice valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios laborales, logrando la atracción de la clientela hacia otra empresa competidora, con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, contactos y conocimientos que le proporciona la empresa en la que todavía presta sus servicios.

Sin embargo, si la captación de clientela se desarrolla cuando se ha producido la desvinculación de la empresa para la que venían prestando los servicios, las circunstancias son diferentes, pues nos hallamos ante un competidor independiente que pugna con los demás por la clientela del sector<sup>5</sup>. No nos encontramos en este supuesto de hecho, sino en el indicado *ut supra*, a saber, el regulado en el art. 4 LCD.

Consecuentemente, Sigaar tiene que ejercitar acción declarativa de deslealtad, y podrá hacerlo, de manera concurrencial, con la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento del Sr. Gekko.

A juicio de esta parte, la defensa del Sr. Gekko en este caso es sencilla, y permitirá el decaimiento de la pretensión de Sigaar: será suficiente con acreditar que, en el momento de interposición de la acción declarativa, no se produjo por parte del Sr. Gekko una efectiva desviación de clientela, que sólo son meras conjeturas de la contraparte, hipótesis a futuro, desviaciones de la atención del verdadero problema (que en la demanda trataremos) e intentos infructuosos, ilógicos y sin ningún tipo de razonamiento de acabar con el Sr. Gekko. Además, la mera desviación de la clientela no constituye un ilícito a los efectos de la LCD, se deben cumplir los requisitos (que ni remotamente se han cumplido) indicados en párrafos anteriores.

#### 6. Responsabilidad de los administradores: mancomunada y solidaria

En los hechos objeto del caso se nos dice que uno de los administradores mancomunados de Sigaar es el Sr. Fox. Pero, ¿qué implicaciones tiene esto?

La responsabilidad mancomunada es definida como aquella en la que concurren varios acreedores o deudores, en la que se dividen la obligación o el beneficio, según sea el caso. Es decir, la obligación o beneficio se divide en tantas partes como acreedores o deudores haya.

En contraposición, la responsabilidad solidaria es aquella en la que concurren varios acreedores o deudores, pero con la diferencia de que cada acreedor puede pedir todo aquello que consiga acreditar y que su derecho le ampare, y cada deudor debe responder íntegramente de la cosa objeto de la obligación. Es decir, la obligación debe ser cumplida

---

<sup>5</sup> Este supuesto tiene una tipificación legal concreta, *ex art.* 14 LCD

sin que se hagan divisiones a favor del acreedor, se podrían dirigir contra cualquiera de los deudores y solicitarles que se hagan cargo de la totalidad de la deuda.

En nuestro ordenamiento jurídico, la presunción es la mancomunidad de varios acreedores o deudores, mientras que la solidaridad es la excepción. Así lo establece el Código Civil en su artículo 1137, *“la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada una de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”*.

El nombramiento de administradores de forma mancomunada implica que puedan ejercer un poder mancomunado, es decir, que la sociedad sólo quedará vinculada a sus actos cuando estos actúen mancomunadamente.

Por tanto, si el Sr. Fox hubiese convocado la Junta de 27 de abril de 2020, el resto de administradores no podrían oponerse a la convocatoria de la misma, siempre y cuando el Sr. Fox no hubiese incumplido sus deberes como administrador. Además, la responsabilidad que se declare contra el Sr. Fox por la adopción del acuerdo (en virtud del ejercicio de la acción social, tal y como hemos expuesto en epígrafes anteriores) le afectará únicamente a él, por cuanto la mancomunidad no permite la extensión de los efectos que recaen en uno al resto de administradores.

## 7. Valoración de la Joint Venture

La Joint Venture es una forma que tienen las empresas de aliarse para conseguir sinergias que beneficien a quienes forman parte de esta unión. El contrato de Joint Venture, también conocido como contrato de “empresa conjunta”, es la forma más habitual de formalizar alianzas empresariales. Las partes, dos sociedades que son independientes entre sí (en nuestro caso, Greed Group y Sigaar), se asocian y constituyen una empresa participada por éstas, a la que asignan recursos para lograr distintos objetivos.

Existe una variante de este tipo de contrato que es la Contractual Joint Venture, que consiste en obligarse y aliarse, pero sin crear una sociedad filial participada. En el caso de Newco, quedó manifiestamente claro que no estaríamos ante este tipo de Joint Venture, sino que es un caso de **Equity Joint Venture**, es decir, sí que se ha creado una sociedad filial. La principal diferencia que tienen estas dos formas contractuales es que tienen regímenes de responsabilidad distintos. En el Partnership Joint Venture su responsabilidad es difícil de limitar y es solidaria frente a terceros que contraten con ambas empresas. Mientras que en el Equity Joint Venture responderá únicamente la nueva entidad que se cree, siendo el riesgo limitado. De esta manera, será Newco quien responda frente a sus acreedores o terceros frente a cuanto se haga valer contra ella.



Se nos pide valorar el contrato de *Joint Venture*, la forma más sencilla de llevar a cabo este análisis es describiendo las distintas ventajas y desventajas que este tipo de contratos conlleva.

Las principales **ventajas** son, i) que es una forma de preparar y realizar proyectos que no se podrían llevar a cabo de manera independiente por las empresas que conforman la *Joint Venture*. Además, ii) las empresas comparten los riesgos, gastos y responsabilidades que se deriven del proyecto común. También hay que mencionar iii) que las empresas que se alían crean una serie de sinergias que resultan muy beneficiosas, no tanto por los recursos materiales que pueden aportar, sino más bien por compartir el *know-how* de las empresas, que permite mejorar sus procesos y aumentar la efectividad de estos. Por otra parte, iv) permite a las empresas acceder a un número mayor de recursos de las empresas creadoras; de esta forma, podrán solicitar créditos mayores y utilizar a estas sociedades como garantes. Por último, v) otra gran ventaja sería la apertura de mercados que posiblemente como sociedad de nueva creación tendría vetados.

Sin embargo, existen una serie de **desventajas** que también tendrán que tenerse en cuenta al preparar un contrato de este tipo. En primer lugar, Sigaar y Greed Group tendrán que: i) compartir tecnología, recursos y *know-how*, y esto podrá acarrear terribles consecuencias en el medio y largo plazo. Por otra parte, ii) también deberán compartir con la otra empresa la toma de decisiones, con la pérdida de autonomía que evidentemente conlleva. Además, iii) tendrán que preparar un contrato de *Joint Venture* conlleva un coste importante de tiempo y dinero para ambas partes, dado que no existe esta figura de manera expresa en nuestra legislación. Por último, y siendo esta posiblemente la desventaja más importante, es preciso mencionar que v) pueden surgir conflictos entre los socios dado que es probable existan intereses contrapuestos.

Como ya se ha adelantado, la figura de la *Joint Venture* no se encuentra recogida de manera clara en nuestra legislación. Debido a esta ausencia de regulación es de aplicación de manera subsidiaria el Código Civil<sup>6</sup>. Se entiende que el artículo del Código Civil que da cabida al contrato de *Joint Venture* es el artículo 1255 CC.

Jurisprudencialmente también se ha hablado de esta figura jurídica. En SJM, núm. 1 de Málaga, de 3 de enero de 2008 se reconoció la admisibilidad de las *Joint Venture* bajo el principio de autonomía de la voluntad, “(...) *la creación de una empresa separada a partir de esta agrupación, asociación temporal, participación, etc., de empresas denominada “Joint Venture” con autonomía jurídica propia no dejan de ser de base puramente contractual entre los participantes de dicha actividad común*”.

Antes de la formalización por escrito del Contrato de *Joint Venture*, y la posterior elevación a público del acuerdo, la constitución de Newco deberá pasar por distintas

---

<sup>6</sup> El art. 4.3 Cc establece que “*las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*”.

fases: i) la preparación y formación del acuerdo (el 15 de noviembre de 2019 las partes firmaron un acuerdo de intenciones que describía los términos esenciales de la operación) ii) la gestión de la colaboración (la estructura de la operación se dividía en tres fases, que en aras a la brevedad no vamos a reproducir, porque ya viene expuesto en el supuesto de hecho del caso), y iii) la evaluación de los resultados (se realizó por Pufosa Asesores Financieros).

Es habitual que en las Joint Venture se generen fricciones y roces que en ocasiones terminen derivando en importantes conflictos legales, como en el caso que nos ocupa. Por eso es también habitual, valga la redundancia, que en los contratos que forman la Joint Venture se establezcan mecanismos de resolución de conflictos, o al menos la jurisdicción y competencia para conocer de posibles disputas que se susciten. Es especialmente importante cuando entre las distintas sociedades que conforman la Joint Venture haya empresas que no sean nacionales, debido a las complicaciones jurídicas que esto conlleva.

La solución a esta problemática se encuentra en el Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante “**Reglamento Roma I**”). Esta normativa comunitaria establece que lo que prima es la voluntad de las partes. Si las partes no hubiesen recogido de forma expresa cuál es su voluntad será aplicable la ley del país de residencia habitual de la parte que deba llevar a cabo la prestación característica del contrato reclamada.

#### 8. Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos

En el supuesto de hecho de caso se nos dice que 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. Pero, ¿resulta vinculante este acuerdo?

A la hora de defender la posición de Greed Group en este caso debemos decir, en primer lugar, que esta carta de intenciones constituye un acercamiento de posturas para la futura firma del contrato, pero que de ninguna manera resultará vinculante. Es, simplemente, eso, un acercamiento de posturas para las partes, en aras a la futura firma del contrato. Por tanto, no se considerará un contrato. Sólo se predica la obligatoriedad de los contratos, en virtud del art. 1278 del Código Civil, que establece que “*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”.

Para que este acuerdo de intenciones resulte vinculante, se deberá **pactar su obligatoriedad**. Nada se nos dice en el supuesto de hecho que nos conduzca a afirmar que efectivamente se ha pactado esta cláusula. Consecuentemente, el acuerdo de

intenciones no resultará vinculante, y el hipotético incumplimiento por parte de Greed Group no facultará a Sigaar para reclamar los respectivos daños y perjuicios.

Por tanto, como hemos dicho en líneas anteriores, la obligatoriedad del acuerdo de intenciones únicamente se predicará en el caso de que así haya sido estipulado, por medio de una de sus cláusulas. Lo que sí es seguro es que el acuerdo de intenciones no obliga a las partes firmantes a celebrar el contrato proyectado, y tampoco origina el derecho a reclamar su cumplimiento.

Jurisprudencialmente, nuestros Tribunales no se han pronunciado en exceso sobre este tema. El Tribunal Supremo ha resuelto varios casos de documentos que se califican como acuerdos de intenciones.

La STS 3 de junio de 1998 declaró que el documento privado objeto del litigio era un precontrato, y literalmente, estableció que *“el documento, en suma, no sería más que el punto de partida para seguir negociado”*. Este sería un punto fuerte para la defensa de Greed Group en el caso de que Sigaar entienda vinculante el acuerdo de intenciones y reclame una indemnización por incumplimiento del mismo. El resto de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto son, por todas, STS de 11 de abril 2000. STS de 7 de junio de 2011 y STS de 24 de junio de 2011, SAP de Vizcaya de 13 de octubre 2000. SAP de Barcelona de 10 de diciembre 2002 y SAP de Alicante de 25 de abril 2003.

Algunas consideraciones que podemos extraer tras la lectura de estas sentencias son, i) que los acuerdos de intenciones se celebran en procesos de negociación, ii) que constituyen acuerdos precontractuales distintos del precontrato, iii) que no pueden equipararse al contrato proyectado, iv) que no se pueden considerar una oferta susceptible de aceptación, v) que se integran dentro de los tratos preliminares, vi) que nada obsta a que recojan acuerdos sobre el contenido del contrato definitivo o sobre el proceso negociador, vii) el acuerdo deberá calificarse por el contenido más que por el título, viii) que el acuerdo puede contener obligaciones vinculantes para las partes (implícitamente puede entenderse el carácter vinculante).

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 3626/1998 de 3 de junio que señala que *«el acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza»*.

Por otro lado, podemos referir la Sentencia del Tribunal Supremo nº 3063/2000 de 11 de abril, dictada por la Sala Primera, sobre un asunto de opción de compra de derechos de propiedad industrial. Esta sentencia señala que el acuerdo (carta de intenciones), *«[...] no es más que un acuerdo para una futura transmisión, que no han perfilado con el*

*detalle mínimo que sería preciso para ser considerado algo más, jurídicamente, que tratos preliminares, puesto que el objeto no está perfectamente determinado».*

En suma, el acuerdo de intenciones forma parte de los tratos preliminares, y tendrá la importancia que las partes quieran darle. Por ello, habrá que cuidar bien el contenido de la carta y las obligaciones que se deriven para las partes en la misma. Sin ánimo de modificar los hechos del supuesto de hecho, esta carta de intenciones no resultará vinculante para las partes.

#### 9. Valor probatorio de los correos electrónicos

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge en su artículo 299 cuáles son los medios de prueba disponibles para las partes en juicio. Su segundo párrafo recoge *“también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”*.

Por otra parte, el artículo 267 LEC obliga a que, *“los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente”*. Además, el artículo 265.1.2º de la LEC, recoge que el momento de incorporación al proceso será en la demanda, o si fuese el caso, en la contestación a la demanda.

Los correos electrónicos se consideran, evidentemente, documentos privados, y, por tanto, la valoración que SS<sup>a</sup> pueda efectuar de los mismos es limitada. La valoración de estos correos electrónicos se hará por el Juzgado o Tribunal competente conforme a las reglas de la sana crítica<sup>7</sup>. La parte frente a la que se presentan los correos electrónicos podrá impugnarlos, en virtud del art. 326 LEC. Evidentemente, la impugnación de los correos electrónicos “reducirá” parcialmente su validez<sup>8</sup>, mientras que la no impugnación de los mismos mejorará la visión del Tribunal acerca de ellos. Sin embargo, los documentos privados (como los correos electrónicos), nunca podrán dar prueba plena de los hechos, a diferencia de los documentos públicos que no son impugnados.

Por ello, si fuera Greed Group quien aportara los correos electrónicos, le aconsejaríamos la aportación de otro tipo de pruebas que acreditaran de distinto modo el deterioro de la relación entre las partes.

---

<sup>7</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 22 de mayo de 2013

<sup>8</sup> SAP de Madrid, Sección 8ª, de 7 de julio de 2016

#### 10. Utilización de doctrina y jurisprudencia relevante

La doctrina y jurisprudencia que esta parte ha empleado para la mejor defensa de Greed Group ha sido incluida, a lo largo del dictamen, en los respectivos apartados y pies de página.

#### IV. REDACCIÓN DE UN ESCRITO DE DEMANDA INICIAL DE ACUERDO CON LA DECISIÓN ESTRATÉGICA ELEGIDA

##### **AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA QUE POR TURNO CORRESPONDA**

D. JOSÉ ANTONIO MUÑOZ DE ASPIZUA, Procurador de los Tribunales y de la mercantil Greed Group S.A. (en adelante, “**Greed Group**”) con N.I.F. núm. B-88.120.832 y domicilio social en Madrid, Paseo de la Castellana, 98, piso 5º, 28046, Madrid, representación que acredito mediante la escritura de poder a mi favor otorgada que acompaño al presente escrito como **Documento núm. 1**, con asistencia del Letrado del Ilustre Colegio de Madrid, Dª María Martínez de Bujanda Ruiz de Alegría, Colegiado núm. 252.111, con dirección profesional en la Calle Serrano 115, CP 28006, en Madrid, ante el Juzgado Comparezco, y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que, por medio del presente escrito, y en la representación que ostento, formulo DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES, en virtud del artículo 204 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) frente a la sociedad de nueva constitución (“**Newco**”), con domicilio social en Calle Condesa de Venadito, 19, 6º, 28027, Madrid, apoyando la presente en los siguientes,

#### **HECHOS**

##### **PREVIO.- ANTECEDENTES Y RESUMEN DE LA CONTROVERSIA**

Para entender el presente litigio resulta necesario retrotraernos en el tiempo. Desde 2018, Greed Group, sociedad matriz con un importante grupo empresarial de filiales por todo el mundo, venía experimentando fuertes necesidades de financiación. Fruto de esto, su administrador, el Sr. Gekko decidió buscar financiación distinta de la bancaria. En concreto, buscaba potenciales inversores que se incorporaran al accionariado de distintas filiales del grupo.

Entre las filiales de la mercantil destaca Habanera S.A.U (“**Habanera**”), sociedad española que se dedicaba a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba. El órgano de administración era el mismo que el de su matriz, Greed Group, esto es, el Sr. Gekko.

De entre todas las propuestas que se recibieron, la que más convenció al Sr. Gekko para acceder al accionariado de Habanera fue la de Sigaar, sociedad holandesa fabricante de cigarros. Sigaar estaba interesada en ampliar su actividad mediante la adquisición de una participación mayoritaria en Habanera y ampliar así su red comercial y de negocio. En septiembre de 2019, uno de los administradores mancomunados de Sigaar, el Sr. Fox

propuso al Sr. Gekko la creación de una Joint Venture, que fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera. De esta forma, Sigaar tenía una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por Greed Group.

Tras varios altercados y desencuentros entre mi mandante y el Sr. Bud Fox, que acreditamos y aportamos mediante **Documento núm. 2**, se celebró Junta General Extraordinaria de Newco ("**La Junta**"), el 27 de abril de 2020, a la que asistieron todos los socios, constituyendo el 100% del capital social. Los asistentes fueron el Sr. Gekko, en representación de Greed Group, y Sigaar. Esta celebración de Junta General constituye el objeto de la presente demanda.

La convocatoria de la Junta tenía como objeto principal dos puntos. El primero de ellos, era la destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist (el otro administrador mancomunado de Sigaar). El segundo punto de la Junta fue el aumento de capital social de Newco por compensación de crédito de Sigaar, hecho que ha traído como base la presente demanda.

#### **PRIMERO.- RESPECTO DE LAS PARTES INTERVINIENTES**

A continuación procedemos a matizar sucintamente el perfil de los principales intervinientes en el presente procedimiento:

Como parte demandante tenemos a **Greed Group**, sociedad española domiciliada en Madrid. Su dedica a la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, entre los que destacan la gomina, la confección de trajes, esmóquienes y fracs, así como la prestación de servicios de coctelería internacional. Se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187.

La parte demandada es **Newco**, sociedad de nueva creación mediante la constitución de una Joint Venture. Se constituyó entre uno de los administradores mancomunados de Sigaar, el Sr. Bud Fox, y entre el Sr. Gekko. Por motivos fiscales fue propietaria del 100% de las acciones de Habanera. Su domicilio social está en Avenida de la Diagonal, nº12 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, folio75, hoja B-586247.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**-I-**

## **PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

### **A. Jurisdicción y competencia objetiva**

Concurren en el Juzgado al que se dirige el presente escrito los presupuestos de jurisdicción, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“**LOPJ**”), los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no le estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

Corresponde a los Juzgados de lo Mercantil la competencia objetiva para el conocimiento del presente asunto, en virtud del artículo 86. ter 2 a) LOPJ,

*“Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional, respecto de,*

*a) Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles”.*

### **B. Competencia territorial**

En virtud del artículo 52.10ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”), en materia de impugnación de acuerdos sociales, será tribunal competente el del lugar del domicilio social.

Dado que, como se ha manifestado *ut supra*, el domicilio social de la sociedad adoptante de los acuerdos, Newco, está sito actualmente en Madrid, la competencia territorial corresponde a los Juzgados de lo Mercantil de Madrid.

## **SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA**

El presente procedimiento se ajustará a los trámites del Juicio Ordinario por imperativo del art. 249.1.3º de la LEC, dado que dispone que se sustanciarán por el mismo:

*“1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:*

*(...)*

*3º. Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios u obligacionistas o por órganos colegiados de administración de entidades mercantiles.”*



De igual modo, el artículo 207.1 LSC establece lo siguiente,

*“Para la impugnación de acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

### **TERCERO.- CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN**

#### **A. Capacidad**

Ambas partes ostentan la suficiente capacidad para ser parte en este proceso y para comparecer en juicio, de conformidad con los artículos 6.1.3º y 7.4 LEC.

#### **B. Representación**

Greed Group 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 acompañando a 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 LEC.

### **CUARTO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA**

El artículo 206.1 LSC establece lo siguiente,

*“Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.*

*Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados, y en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado.”*

El citado artículo otorga legitimación a los socios que cumplan determinados requisitos, y en este caso, Greed Group cumple también el requisito, puesto que antes de la adopción del acuerdo contaba con un 25% (que sobrepasa el requisito del 1%) y después de la adopción del acuerdo con un 5% (que también cumple las exigencias del precepto).

## **QUINTO.- LEGITIMACIÓN PASIVA**

En virtud del art. 206.3 LSC, la legitimación pasiva le corresponde a Newco, por ser la sociedad que adoptó el acuerdo cuya impugnación se ejercita.

## **SEXTO.- ACCIÓN EJERCITADA**

Conforme a los artículos 204 y siguientes de la LSC, se ejercita la acción de impugnación de los acuerdos sociales por ser contrarios a la Ley, en concreto, al artículo 204.1 LSC.

## **SÉPTIMO.- PLAZO**

La presente acción de impugnación se ejercita dentro del plazo conferido por el artículo 205 LSC. Según este precepto:

*“1. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.*

*2.El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.”*

Teniendo en cuenta que el Acuerdo que por la presente se impugna es de fecha 27 de abril de 2020, procede concluir que la acción de impugnación no ha caducado.

**-II-**

## **JURÍDICO MATERIALES**

### **PRIMERO.- EL ACUERDO ADOPTADO POR LA JUNTA ES CONTRARIO A LA LEY**

El Acuerdo impugnado, cuyo contenido se ha detallado anteriormente es contrario a nuestro ordenamiento jurídico, la Ley de Sociedades de Capital, como debidamente acreditaremos a lo largo de esta sección.

En virtud del artículo 204.1 LSC,

*“1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.*

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

Recordamos que tras la reforma de la LSC se ha eliminado la distinción entre los acuerdos nulos y anulables, y directamente se ha pasado a hablar de acuerdos impugnables. Sin embargo, el artículo 204.3 establece una serie de motivos de cuestión principalmente procedimental que si bien son contrarios a la Ley, entiende que no serían impugnables, salvo que se tratara de una infracción relevante. En este sentido, señala los siguientes,

*“a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.*

*b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.*

*c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.*

*d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.”*

Sin embargo, teniendo en cuenta estos supuestos, vemos que el Acuerdo que impugnamos no encaja en los motivos enunciados anteriormente por tratarse de una infracción de Ley por una cuestión de fondo jurídica grave, y no meramente procedimental. El Acuerdo por el que se adopta la ampliación de capital de Newco es el que se pretende, por medio de esta vía, que se entienda impugnado, por ser contrario a las exigencias del art. 204.1 LSC.

Traemos a colación la STS, Sala de lo Civil, núm. 892/2002, de 3 de octubre (RJ 2002/9792), que declaró procedente el ejercicio de la acción de impugnación de un acuerdo social y adoptó, en línea con lo anterior, la nulidad del acuerdo. En palabras de nuestro más Alto Tribunal, *“se deduce que se realizó una operación económica que lesionaba en beneficio de un accionista el interés de la sociedad”*, sigue la sentencia diciendo *“se conculcó el principio que prohíbe un trato discriminatorio entre los accionistas de la misma condición, que exige una igualdad de oportunidades y veda privilegios y beneficios en favor de unos y detrimento de otros”*.

La dilución de la participación de Greed Group en Newco se ha visto flagrantemente reducida, fruto de una ampliación de capital en Newco por compensación del crédito de Sigaar. Esta decisión, adoptada en junta general de 27 de abril de 2020, ha lesionado, sin ningún tipo de duda, el interés social de Newco, y se ha adoptado injustificadamente de manera abusiva por la mayoría. En los Fundamentos Jurídicos siguientes acreditaremos esta cuestión.

## **SEGUNDO.- SOBRE LA LESIÓN AL INTERÉS SOCIAL. IMPOSICIÓN DEL ACUERDO DE MANERA ABUSIVA POR LA MAYORÍA**

Antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014 no existía en nuestro Derecho una categoría autónoma de acuerdos impugnables por abusivos. La impugnación de estos acuerdos solía discurrir por dos caminos. Uno, el del perjuicio al interés social, con las dificultades que ello conllevaba, en particular, la de identificar el perjuicio al interés social con el perjuicio a los socios o accionistas minoritarios. Otro, reservado a los casos de ausencia de lesión al interés social, e de la prohibición de abuso de derecho, y la invocación del artículo 7.2 CC. Este era el cauce más frecuente para la alegación de existencia de un acuerdo abusivo y, en la práctica, determinaba una aproximación restrictiva al fenómeno que hacía realmente difícil el éxito de la impugnación, habida cuenta de que la apreciación de abuso de derecho se reservaba a casos singularmente graves, en los que se conseguía justificar la concurrencia de los requisitos generales del abuso del derecho.

La situación ha cambiado como consecuencia de la Ley 31/2014. Ahora, la vía para los socios no es el recurso al art. 7.2 del Código Civil sino el artículo 204.2 LSC. Es la propia LSC la que determina qué se entiende por acuerdo abusivo. Cómo es lógico, el acuerdo debe adoptarse en beneficio de los socios mayoritarios, y en detrimento injustificado de los minoritarios.

El derecho ejercitado abusivamente en este caso sería el de asistir y votar en la Junta General de Newco, y votar a favor de la adopción del acuerdo de 27 de abril de 2020, por el que se acordó la ampliación de capital de Newco al convertir el préstamo de Sigaar. El ejercicio de este derecho ha sido formalmente correcto, pues el acudir a la Junta General de la sociedad y votar es una potestad que la Ley de Sociedades de Capital ha reconocido a sus socios.

Pese a esta corrección aparentemente formal, la adopción de este acuerdo se ha impuesto de forma abusiva por Newco. En la Junta General que ahora estamos impugnando y de la que solicitamos que el Tribunal declare su nulidad se adoptó un acuerdo de ampliación de capital de Newco para convertir un crédito de Sigaar.

Sigaar es socio mayoritario de Newco, con un 75% de participación en la misma (antes de la adopción del acuerdo de aumento de capital, ahora ostenta el 95%), y resulta sospechoso que i) sea el accionista mayoritario de la sociedad quien otorgue un crédito, pues es evidente su futura capitalización, y que ii) tras los diferentes altercados que las partes han presenciado, Sigaar quiera convertir el crédito que ostenta frente a Newco para provocar que Newco amplíe su capital.

En abusivo, desproporcionado y tiene como único objetivo desplazar a mi cliente, Greed Group, de la sociedad, arrinconando su participación hasta alcanzar un mísero 5%. Es evidente que se ha causado un daño a mi mandante, pues se ha diluido su participación en Newco (¿de un 25% a un 5%!) totalmente en contra de su voluntad, pues votó en contra en el Acuerdo de la Junta. No sólo ha visto diluida su participación, sino que también se verán diluidos los beneficios que percibirá de Newco, el poder de decisión en la misma, el valor de su voto, etc. En la consideración de un acuerdo social como abusivo debe tenerse en cuenta no tanto el beneficio que se ha perseguido en su adopción por la mayoría, sino la intención de perjudicar a la minoría. Nada parece hacernos dudar de que la adopción de este acuerdo por parte de Newco se hizo para perjudicar ilegítimamente la participación de Greed Group (de un 25% a un 5%).

Newco y Sigaar son, en esencia, la misma entidad jurídica. Newco está participada antes al 75% y ahora al 95% por Sigaar. La decisión de conceder un crédito de la una a la otra, y de decidir convertirlo para acordar la ampliación de capital de Newco resulta, a todas luces, fraudulento, abusivo y desproporcionado. Es una decisión totalmente arbitraria, nada justificada y que se aleja de cualquier estrategia societaria o mercantil que pudiera interesar para el buen funcionamiento de Newco. Su único objetivo es enriquecer más a Sigaar, y aumentar su nivel de control y participación en Newco, a costa y con preterición de los intereses de mi mandante.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 73/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/542), determinó la nulidad del acuerdo de ampliación de capital por conversión de crédito, por considerarlo abusivo. Por tanto, nuestro más Alto Tribunal ha reconocido la impugnación de acuerdos sociales con fundamento en el abuso de derecho. También la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 23 de noviembre de 2012 resolvió sobre una cuestión realmente similar en la que se pudo constatar que la última finalidad del aumento de capital por compensación de créditos fue perjudicar a la minoría. Literalmente, esta sentencia decía, *“el acuerdo de ampliación de capital estuvo presidido por la finalidad de perjudicar a la minoría social discrepante, al producir la dilución de la participación social de los minoritarios (...)”*

Por otra parte, la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 510/2017, de 20 de septiembre (RJ 2017/4634) declaró la nulidad de la Junta General Extraordinaria de la Sociedad, confirmando que la adopción de la misma se adoptó incurriendo en abuso de derecho, no por la forma en la que se constituyó (pues se cumplieron todos los requisitos legales que la Ley exigía), sino por la finalidad con la que se actuó (en este caso, se buscó impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptaran el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

En este sentido, importantes artículos doctrinales<sup>9</sup> han determinado que está plenamente aceptado que la lesión al interés social no tenga por qué ser directamente patrimonial. También está plenamente aceptado que cuando se perjudica injustificadamente a la minoría se está atacando al interés social, que admite diversas alternativas de concreción. Como afirma, por ejemplo, SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 12 de septiembre de 2017, AC 2017, 1261, se deben considerar contrarios al interés social los acuerdos que perjudican los intereses de los socios minoritarios de forma injustificada. O como afirma la SAP Bilbao, Sección 4ª, de 29 de septiembre de 2017, FD Cuarto, se causa un daño potencial a los intereses sociales cuando no se adoptan acuerdos que no respetan razonablemente los intereses de la minoría, en especial, cuando esa minoría constituye una parte importante del capital social (recordemos, en nuestro caso, que Greed Group ostentaba el 25% de Newco).

Debemos traer a colación la tesis del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3521), que determina que la concepción contractual del interés social prevalente indica que un daño producido al interés en participar en una ventaja extensible al conjunto de socios, o dicho de otra manera, un acuerdo que no persigue razonablemente el interés del común de los socios, daña al interés común, y por tanto, a la sociedad.

Nos hacemos eco de estas resoluciones para solicitar a SSª que declare procedente el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social y, en consecuencia, lo declare nulo, porque la finalidad por la que se adoptó es ajena a cualquier interés social: Sigaar busca únicamente diluir la participación de Greed Group en Newco. Es inconcebible, intolerable y a todas luces injusto que el propio Greed Group no haya podido decidir el porcentaje de capital social que ostente en Newco, todo por una maniobra societaria, fraudulenta y dolosa del ahora demandado.

### **TERCERO.- FALTA DE NECESIDAD RAZONABLE DE LA SOCIEDAD EN LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL**

La impugnación de acuerdos sociales por la vía del art. 204.1 LSC determina la obligatoriedad de justificación de una necesidad razonable en la adopción del acuerdo. En un primer momento, podría pensarse que el término “necesidad razonable” es un

---

<sup>9</sup> “Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de socios minoritarios” BIB 2018/14619

concepto jurídico indeterminado, subjetivo, y que agota su contenido en la no causación de un perjuicio flagrante a la sociedad. No es así. No se requiere la causación de un daño a la sociedad para hablar de falta de interés razonable. Antes al contrario, la necesidad razonable de la sociedad se relaciona<sup>10</sup> con la adopción de una estrategia que cause el menor perjuicio a los socios minoritarios de la sociedad. La necesidad razonable se entenderá cumplida con la adopción, por parte de los socios mayoritarios, de la alternativa menos gravosa para la minoría.

Basta con observar los hechos objeto del caso para entender que no ha sido así. En Junta General Extraordinaria de 27 de abril de 2020 se aprobó el aumento de capital por compensación de un crédito de Sigaar, diluyéndose las participaciones de mi mandante de un 25% a un 5%. Esta estrategia societaria no es la menos perjudicial para los socios minoritarios (con el debido respecto, a nuestro juicio constituye la más perjudicial), pues ha provocado la prácticamente desaparición forzosa de Greed Group de la sociedad.

Newco tenía a su alcance y disposición otras alternativas para llevar a efecto esta decisión, fundamentalmente porque Newco estaba participada al 75% por Sigaar (quien, casualmente, otorgó un crédito a la misma y decidió compensarlo en aumento de capital). Resulta poco creíble que el aumento de capital por compensación de crédito constituya la única modalidad de Newco; más bien, lo que ha ocurrido es que desde Sigaar querían apoderarse de la totalidad de las acciones de Newco, y por ello otorgaron este préstamo, que luego decidieron capitalizar. El único objetivo de Sigaar y de Newco en esta maniobra societaria es expulsar a toda costa a mi cliente, y recibir a título personal la práctica totalidad de los beneficios obtenidos por Newco (recordemos que, en el caso de que SS<sup>a</sup> no estime las pretensiones contenidas en esta demanda, la participación de Sigaar en Newco ascendería a un 95%).

Existen indicios más que suficientes para argumentar la ausencia de necesidad razonable de Newco para la adopción de este acuerdo. Porque los recursos propios con los que contaba Newco eran suficientes para el desarrollo de la actividad, y además, porque tampoco existían riesgos financieros en Newco que pudieran aconsejar la aceptación de un préstamo por parte de Sigaar, que además conllevara la adopción de unos gastos empresariales (por los intereses que se devengan del préstamo) totalmente innecesarios para la sociedad.

La adopción de este acuerdo de Junta General responde únicamente a intereses personales de los socios de Sigaar y de Greed Group, que tras la adopción del acuerdo se corresponden mutuamente en un 95%. La relación entre mi mandante y la ahora demandada ha empeorado en los últimos años, y así lo hacemos constar con la aportación de mails cruzados entre ambas que muestran perfectamente el estado de su relación.

---

<sup>10</sup> Importantes artículos doctrinales así lo han hecho <https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos>

Consecuentemente, la adopción de este acuerdo es sólo un eslabón más en la cadena, y no responde, ni siquiera en una parte reducida, a una necesidad razonable de Newco.

#### **CUARTO.- COSTAS**

Procede la imposición de costas causadas en este procedimiento a la parte demandada de acuerdo con el criterio de vencimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 394 LEC.

En virtud de lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos que lo acompañan y varias copias prevenidas, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la presentación que ostento y acredito, de GREED GROUP S.A., e interpuesta demanda contra NEWCO, y tras los trámites oportunos, estime íntegramente la demanda, y en consecuencia,

- i) Declare la nulidad del acuerdo aprobado e Junta General de 27 de abril de 2020.
- ii) Condene al demandado a estar y pasar por la declaración de todas las consecuencias jurídicas que de la misma se deriven,
- iii) Imponga las costas del proceso al Demandado.

**OTROSÍ DIGO -DESIGNACIÓN DE ARCHIVOS-**. Que, a los efectos probatorios oportunos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 256.2, 270.1.3º y demás concordantes con la LEC, se designan los archivos y registros de todas las personas físicas y jurídicas, organismos y entidades públicas o privadas, así como Registros Públicos, mencionadas en el presente escrito y en la documental aportada, y en especial los de la sociedad demandada.

**SUPLICO AL JUZGADO:** Tenga por realizada la anterior designación de archivos a los efectos legales pertinentes y para el momento procesal de aplicación.

**OTROSÍ SEGUNDO DIGO -SUBSANACIÓN-**. Que, a los efectos prevenidos en el artículo 231 LEC, el Tribunal y el Secretario Judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

**AL JUZGADO SUPLICO**, tenga por hecha la manifestación que antecede a los efectos oportunos.

Es justicia que respetuosamente reitero en Madrid, a 11 de enero de 2020.



**ANEXO A LA DEMANDA**

Documento núm. 1. Poder general para pleitos

Documento núm. 2. Relación de mails entre el Sr. Gekko y el Sr. Bud Fox

## V. INFORME DE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA Y POSIBLE RECONVENCIÓN

A continuación, exponemos las siguientes vías de Sigaar contra Greed Group.

### **PRIMERO.- LA OPERACIÓN DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL POR CONVERSIÓN DEL CRÉDITO RESPONDE AL INTERÉS SOCIAL DE NEWCO**

Para argumentar lo anterior, Sigaar podría traer a colación esta valiosa sentencia que da cabida a su pretensión. Es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián (Guipúzcoa), núm. 71/2015, de 12 de marzo (JUR 2016/4502), que establece que no existe abuso de derecho y de posición dominante en el caso de dilución de la participación de los socios minoritarios. El Juzgado establece que *“la ampliación de capital tiene una causa objetiva y lícita que la justifica, como es el poder tributar en un régimen más favorable, con el consiguiente ahorro económico para la compañía”*.

También podrán traer a colación la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm 2 de Pontevedra, núm. 84/2017, de 7 de noviembre (AC 2017/1474), que declaró la improcedencia de la impugnación de un acuerdo social, entendiéndose que no fue adoptado de forma abusiva por la mayoría en detrimento de los derechos de la socia minoritaria. El Juzgado entendió acreditada la necesidad de dotar de mayor patrimonio a la sociedad, puesto que precisaba una mayor financiación para atender determinadas inversiones. Este también podrá ser un punto importante de Sigaar en su contestación a la demanda, porque podrá decir que la conversión del préstamo de Sigaar en Newco responde a un interés objetivo y razonable de la sociedad.

En el mismo sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, núm. 80/2018, de 15 de marzo (JUR 2018/282386) estableció la improcedencia de la impugnación de un aumento de capital que la parte demandante lo consideró abusivo y fraudulento, y que tenía como fin la dilución de sus participaciones sociales en la sociedad. La Audiencia Provincial entendió que la justificación en la adopción del aumento del capital social por la difícil situación de la sociedad podría justificar dicho aumento.

Por tanto, Sigaar deberá resaltar la necesidad objetiva del aumento de capital, por temas de financiación, de falta de liquidez o de operaciones societarias que justifiquen la adopción del aumento sin considerarse impugnabile y nulo. Podrá además, citando las anteriores sentencias, mencionar que la dilución de la participación de Greed Group en Newco no es directamente proporcional a la impugnación del acuerdo de ampliación de capital que lo provocó, mas es una estrategia societaria que tiene perfectamente cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, Sigaar podrá hacer valer la existencia de necesidad razonable arguyendo la SAP de A Coruña, Sección 4ª, núm. 191/2017, de 25 de mayo (JUR 174053), que estableció que en un caso parecido al nuestro concurría una necesidad razonable por parte de la sociedad, y, por tanto, desestimó la impugnación del acuerdo.

## **SEGUNDO.- SIGAAR INCUMPLIÓ LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ACUERDO DE INTENCIONES**

La responsabilidad de los administradores de Greed Group emana también de las declaraciones y garantías que se recogieron en el contrato, por cuanto estas pretenden asegurar la veracidad de la información contable de la Newco, que fue puesta a disposición del comprador con el fin de que el riesgo de la compra fuera compartido entre las partes participantes en la operación.

Así, el hecho de que la contabilidad de Habanera no fuera exacta y veraz convertiría en responsables a los administradores de Greed Group, por el incumplimiento de las declaraciones y garantías que tendrían que haber respetado hasta el 20 de diciembre de 2020. Sigaar podría hacer valer, ante el incumplimiento de las declaraciones y garantías acordadas debemos acudir a las penalizaciones y consecuencias establecidas legalmente y que derivan del incumplimiento del contrato. Ejercitarán, por tanto, la acción del art. 1101 CC, que dispone que *“quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tener de aquella”*.

## **TERCERO.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE GREED GROUP POR EL FALSEAMIENTO DE LA CONTABILIDAD DE HABANERA**

Otra de las vías por las que puede sorprendernos Sigaar es por el artículo 290 CP, que tratará de exigir la responsabilidad civil que se derive del ilícito penal. La responsabilidad civil derivada de la comisión del delito se regula en los artículos 109 y 110 CP, y consistirá en la reparación, restitución del daño e indemnización de los perjuicios que Sigaar haya sufrido.

Como consecuencia directa de la entrega de una información contable falseada, la empresa de auditoría Pufosa Asesores Financieros realizó un informe de revisión financiera que reflejaba un Ebitda de 972.222 euros. Fue este Ebitda el que se utilizó como base para calcular el precio que Sigaar iba a pagar por la adquisición del 75% de las acciones de Habanera. En consecuencia, Sigaar abonó 7.777.776 euros para proceder a la formalización de esta operación.

Sigaar, diligentemente y obrando de buena fe, contrato un informe de auditores, que determinó la existencia de irregularidades. Los auditores corrigieron las irregularidades,

y el Ebitda disminuyó considerablemente: se valoró por los administradores en 771.460 euros. Si hubiésemos tomado esta cifra para la adquisición del 75% de las acciones de Habanera, el precio que hubiésemos pagado por ellas hubiese sido de 6.171.680 euros. Podemos apreciar, por tanto, que existe una diferencia de más de un millón y medio de euros en la valoración de Habanera, y que esta diferencia no debe dejar indiferente a nadie, pues resulta Sigaar acreedora de la misma. Se reclama, por tanto, en concepto de indemnización, la cuantía de 1.606.096 euros.

Se imputa, a título de autores, a los administradores de Greed Group el delito de falseamiento de la contabilidad. A su vez, son estos quienes deberán reparar civilmente el daño causado a Sigaar. Los administradores de Greed Group responderán solidariamente en la reparación de estos daños, en virtud del artículo 237 LSC, que determina que, *“todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia, o conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”*.

Nos remitimos a lo dispuesto en el epígrafe A, punto 1, página 14 de este dictamen para un mayor análisis del tema.

#### **CUARTO.- VULNERACIÓN POR PARTE DEL SR. GORDON GEKKO DEL ART. 4 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL**

Nos remitimos íntegramente al punto 5, página 22 de esta dictamen, para un mejor conocimiento de las posibilidades de defensa y acción de Sigaar y Greed Group.

En aras a la siempre agradecida brevedad, nos remitimos a cuanto se ha dispuesto en este dictamen para una mejor defensa de los intereses de Greed Group y Sigaar, respectivamente.

Este es el dictamen que consideramos mejor ajustado a Derecho, sin perjuicio de someternos a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho.

Madrid, 11 de enero de 2021.

María Martínez de Bujanda Ruiz de Alegría