



# **Trabajo de Fin de Máster**

## Máster de Derecho de Empresa

**Autor:** Jorge Romero Monte

**Tutor:** Ignacio Hornedo

**Facultad:** Derecho

**Fecha:** 11 de enero de 2021

## ÍNDICE

### A. INFORME 1

1. Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa. Base jurídica de las posibles demandas.
2. Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo.
3. Procedimientos a seguir de conformidad con la LEC.
4. Proposición de pruebas y medios de prueba (sin falsear los hechos).
- 5.
6. Cuestiones de interés para Greed Group.
  - 6.1. Presión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente.
  - 6.2. Doctrina de los actos propios.
  - 6.3. Ampliación de capital realizada
  - 6.4. El valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.
7. Mancomunidad y solidaridad de los administradores.
8. Valoración de la Joint Venture.
9. Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos.
10. Valor probatorio de los correos electrónicos.
11. Pautas para una valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados.
12. Conclusiones y estrategia a seguir.

### B. ESCRITO DE DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL

### C. INFORME 2

1. Contestación a la demanda
2. Demanda
  - 2.1. Responsabilidad de la firma de auditoría.
  - 2.2. Reclamación de daños irrogados por supuesto falseamiento de contabilidad al valorar Habanera.
  - 2.3. Responsabilidad de administradores.
  - 2.4. Aspectos societarios intragrupo.
  - 2.5. Desviación de clientela constituyente de una posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko.
  - 2.6. Conclusiones de las posibles demandas

### D. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA

## INFORME 1

---

### INTRODUCCIÓN

El Sr. Gekko, en nombre de Greed Group nos ha solicitado la realización de un informe en el que a la luz de los hechos que han acaecido a raíz de la operación mercantil que a continuación se detallará, se planteen diversas alternativas estratégicas para el cliente y se valoren los elementos fundamentales a tener en cuenta para iniciar acciones judiciales o neutralizarlas. De entre las posibles hipótesis, deberemos elegir la más adecuada para los intereses de la sociedad.

---

### CUESTIONES JURÍDICAS

#### **1. Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa.**

Hemos sido informados por parte del Sr. Gekko que literalmente: *“(...) en los contratos se estableció una cláusula por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían ante los juzgados y tribunales de Valencia”*. Esta es una cláusula de sumisión expresa, que hay que analizar si es válida y si es así, si es de aplicación para el caso concreto.

El Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante **“Código Civil”** o **“CC”**), establece en su artículo 1255 que: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*. Este es uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento civil y es utilizado en la mayoría de los contratos.

Sin embargo, esta misma norma fija unos límites a la autonomía de las partes, y es que ésta no podrá ser contraria: a las leyes, a la moral o al orden público. Por otro lado, el artículo 1271 CC prohíbe los contratos contrarios a las buenas costumbres. El artículo 1261 CC recoge que para que exista contrato, y por tanto sus cláusulas sean válidas, tendrá que haber consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea materia del contrato y una causa de la obligación que se establezca a través del contrato. En este caso concreto que estamos analizando concurren los tres requisitos legales.

Una vez examinada la validez contractual desde el punto de vista del Código Civil, es necesario estudiarla también utilizando la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante **“Ley de Enjuiciamiento Civil”** o **“LEC”**). Esta norma define en su artículo 55 la sumisión expresa de la siguiente forma: *“Se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren”*. En contraposición, precisa la sumisión tácita distinguiendo entre la posición del demandante y la del demandado, siendo la primera.

Volviendo a la sumisión expresa, queda claro que la Ley de Enjuiciamiento Civil la define como un acto preprocesal, a través del cual las partes que se someten al contrato y acuerdan que en caso de que surja un conflicto jurídico a raíz de su relación contractual se someterán territorialmente al juez o tribunal de un determinado lugar.

Existen una serie de requisitos que deben ser cumplidos para que esta sumisión expresa sea válida. Siendo el primero de estos que la sumisión derive de un negocio jurídico de carácter mercantil o civil. El segundo es que debe reflejar una renuncia que sea manifiestamente clara y que no deje lugar a dudas de que las partes están renunciando al fuero territorial. Este requisito está íntimamente relacionado con el principio de voluntad de las partes antes analizado, es decir no será válida la cláusula que haya sido impuesta por una de las partes, tiene que haber un acuerdo expreso de ambas partes. Además, deben recoger con mucha claridad quién es el juez al se someten. No son válidas las cláusulas que recojan una sumisión de carácter general, como por ejemplo los jueces de una provincia. Asimismo, los juzgados escogidos en la cláusula de sumisión expresa deberán tener competencia objetiva para conocer del proceso tal y como recoge el artículo 54.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“La sumisión de las partes sólo será válida y eficaz cuando se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer del asunto de que se trate.”*

El artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la sumisión expresa de las partes determinará la circunscripción cuyos tribunales hayan de conocer el asunto. Si en dicha circunscripción hubiese varios tribunales, como es nuestro caso dado que las partes han elegido Valencia, *“(…) el reparto de los asuntos determinará a cuál de ellos corresponde conocer del asunto, sin que las partes puedan someterse a un determinado tribunal con exclusión de los otros”*.

Una vez analizado de manera general todas estas cuestiones, debemos acudir al régimen especial de las impugnaciones de acuerdos sociales, que como más adelante veremos en este informe será la mejor estrategia para demandar a Newco. El artículo 52.1.10ª de la misma norma que establece que: *“1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: (...) 10.º En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social.”*

En consecuencia, no será de aplicación la cláusula de sumisión expresa sino que corresponderá al Juzgado al que, por turno, corresponda de los de la ciudad de Barcelona, donde la sociedad Newco, la demandada, tiene su domicilio social. Sin embargo, dado que en este informe se va a analizar también la posición de la parte contraria habrá que analizar si en el caso de que quieran presentar una demanda sí que será de aplicación la cláusula de sumisión expresa, es decir, los tribunales de Valencia conocerán de las disputas judiciales.

---

## **2. Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo.**

La siguiente cuestión que precisa de análisis es la relativa a quien le corresponde la legitimación activa y a quién la pasiva, y si existe la posibilidad de que se dé un litisconsorcio pasivo. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante “STS”) de 27 de junio de 2007 define la legitimación de la siguiente manera: *“(…) consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar”*.

En Derecho Procesal se distingue entre la *“legitimatio ad causam”* y la *“letigimatio ad procesum”*. La primera es la facultad que tiene la parte para activar un proceso debido a la relación

material que ostenta con el derecho que ejercita, puede ser porque es titular del mismo, o por estar habilitado para ejercitar este derecho ajeno. Y la segunda, es la condición que debe tener de manera subsidiaria el sujeto que ya cuente con "*legitimatío ad causam*" para ser parte en un determinado proceso. Para concluir estas definiciones: la parte no solo tiene que ser titular del derecho (lo que hemos definido ya como "*legitimatío ad causam*"), sino que, además, tiene que encontrarse en condiciones para poder ejercerlo (lo que hemos definido como "*legitimatío ad procesum*").

La segunda distinción que se puede hacer en cuanto a la legitimación es: activa o pasiva. La primera es la que corresponde al demandante en el proceso, y la segunda es la que tiene el demandado. Es especialmente relevante la primera dado que si el actor no contase con legitimación activa sus pretensiones en el proceso serán desestimadas. Y no es tan esencial la segunda dado que en caso de que el demandado no cuente con ésta será absuelto, dado que no se le puede reclamar no haber cumplido con un deber o derecho.

El artículo 162 de la Constitución Española (en adelante "CE") recoge en su primer apartado quiénes están legitimados para interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo. En su segundo párrafo dispone que: "*En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados*". Cabe por tanto acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil que es la ley orgánica correspondiente. Esta norma en su artículo 10 precisa que serán considerados partes legítimas quienes: "*(...) comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. (...)*". Por lo tanto, la parte actora debe acreditar que ostenta legitimación para ejercitar el derecho que acciona en el juicio. Si no pudiese probarlo implica que no puede ejercitar la acción, tal y como recoge la STS de 31 de mayo de 2006. Además, debe asegurar la legitimación pasiva de la parte demandada en cuanto a su relación también con el 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 tal y como establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 418 y 443.

Sin embargo, igual que en el apartado de competencia, dado que la estrategia que vamos a seguir es una demanda para impugnar el acuerdo social tenemos que acudir a su regulación específica. La LSC recoge en su artículo 206.1 que: "*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. (...)*". Greed Group era ya accionista de la sociedad demandada con anterioridad a la adopción del acuerdo social de aumento de capital y el acuerdo para "*(...) despojar al Sr. Gekko de todas sus funciones de gestión en Newco (...)*". Además, desconocemos si en los estatutos se hizo alguna reducción en relación a los porcentajes exigidos legalmente. De todas formas, consideramos que Greed Group cuenta con la legitimación activa para interponer una demanda de impugnación de acuerdo social, de acuerdo con lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012.

Por otra parte, hay que analizar si Newco tiene la legitimación pasiva. También debemos acudir a la Ley de Sociedades de capital, que recoge en su artículo 206.3 que: "*Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad (...)*". Dado que se está impugnando un acuerdo social adoptado por Newco, le corresponde la legitimación pasiva. Además, en los casos de impugnación de acuerdos no existe la situación de litisconsorcio pasivo respecto de la compañía ni los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado, ni los administradores que promovieron la adopción de dicho acuerdo como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre

de 2012. Eso sí, estos podrán intervenir en el procedimiento como recoge entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, dado que de manera general la representación de la compañía en juicio corresponde a su órgano de administración (art. 233.1 LSC)<sup>1</sup>.

Examinando de manera breve la posible demanda que podrá interponer la parte contraria, podrán ejercitar acciones contra los administradores de Greed Group por posible falsedad contable al calcular el EBITDA, y contra Greed Group por incumplimiento de la cláusula de declaraciones y garantías. Además, también podrían interponer demanda contra Pufosa alegando que incurrieron en negligencia al realizar su informe.

---

### 3. Procedimientos a seguir de conformidad con la LEC.

El artículo 248.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge cuáles son los distintos procedimientos que existen, éste establece que: *“Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda.”* En su segundo artículo recoge que existen dos tipos de procesos declarativos: el juicio ordinario y el verbal. El siguiente artículo de la misma ley, el artículo 249, establece que será el adecuado el juicio ordinario cuando se ajuste a las reglas de determinación por razón de la materia y, en su defecto, por razón de la cuantía del procedimiento previstas por razón de la cuantía. Eso sí, siempre y cuando no verse sobre alguna de las materias reservadas al ámbito del juicio verbal que recoge el artículo 250 LEC.

Es decir, que las controversias sobre materias que se encuentren dispuestas en el artículo 249.1 LEC sin que sea necesario tener en cuenta su cuantía. Dichas materias son: las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona; las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental; las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales; las demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia que cumplan una serie de requisitos; las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación; las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades; las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo; cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad.

En nuestro caso, al ser una demanda que impugna un acuerdo social encajaría en el tipo del 249.1.3º LSC, por lo que el procedimiento a utilizar sería el del juicio ordinario: *“1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: (...) 3.º Las 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.”* El juicio ordinario, sus fases procesales y requisitos legales se encuentran recogidos en los artículos 399 a 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de las posibles demandas que podría interponer Sigaar que se han enumerado en el apartado anterior es probable que todas sean por razón de la cuantía juicio ordinario.

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ CONDE, F. GARCÍA ROSTÁN, G. TOMÁS, S. Manual de derecho procesal civil. Editorial DM. 2019

#### **4. Proposición de pruebas y medios de prueba (sin falsear los hechos).**

Teniendo en cuenta los intereses de Greed Group en este procedimiento, y la estrategia procesal a utilizar, será esencial proponer pruebas que apunten nuestras pretensiones (art. 217.2 LEC). Nos interesa demostrar que el hecho de ampliar el capital por parte de Newco, de acuerdo con la voluntad de Sigaar (su socio mayoritario) no obedece de ninguna manera a una necesidad razonable, sino que su objetivo último es diluir las participaciones de Greed Group en la primera sociedad.

Será el juzgado el que resolverá si las pruebas propuestas son admitidas o no (art. 285 LEC). En caso de que el juez rechace las pruebas que propondremos habrá que interponer recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto. Si la prueba fuera desestimada, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. En la demanda de impugnación de acuerdo corresponderá a la parte demandante corresponde a Greed Group la carga de la prueba, debe ser esta parte quien demuestre la certeza de los hechos en los que se fundamentan sus pretensiones<sup>2</sup>. La prueba propuesta debe ser útil, pertinente, legal y lícita. La práctica de la prueba es descrita en el artículo 289 LEC.

El artículo 299 LEC enumera los distintos tipos de prueba que se podrán solicitar en el juicio:

1. El interrogatorio de las partes.
2. Los documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos los descritos en el artículo 317 LEC. En nuestro caso concreto se dentro de este tipo se encontraría el contrato entre Sigaar y Greed Group.
3. Los documentos privados, son definidos en la LEC de manera negativa, es decir, son documentos privados todos los que no encajen en los tipos de documento público (artículo 324 LEC). Este es el otro tipo de prueba que nos interesa para la demanda de impugnación de acuerdo, dado que tanto la carta de intenciones como los correos electrónicos serán muy útiles para demostrar que Newco fue establecida con un objetivo concreto y que al diluir la participación de Greed Group se está desvirtuando este acuerdo empresarial en favor de Sigaar, que de manera indirecta se está haciendo con la sociedad Habanera.
4. El dictamen de perito será la prueba a presentar cuando sean necesarios conocimientos “científicos, artísticos, técnicos o prácticos” que sirvan para valorar los hechos (art. 335 LEC). Esta prueba cabría solicitarse para demostrar que la valoración de la sociedad fue correcta y que de ninguna forma se ha incurrido en falsedad contable por parte de Greed Group.
5. El reconocimiento judicial en nuestro caso no será necesario dado que es un medio de prueba utilizado para que el juez aprecie personalmente un lugar, objeto o persona que no pueda desplazarse hasta la sala (art. 353 LEC).
6. Por último, el interrogatorio de testigos se utiliza para probar las presunciones recogidas en los artículos 385 y 386 LEC. No consideramos que sea de utilidad en nuestro caso concreto.

---

<sup>2</sup> JIMÉNEZ CONDE, F. GARCÍA ROSTÁN, G. TOMÁS, S. Manual de derecho procesal civil. Editorial DM. 2019

## 5. Posibilidad de pedir medidas cautelares

Consideramos que en principio no concurren los requisitos necesarios para la solicitud de medidas cautelares dado que el acuerdo de ampliación de capital se ha tenido que inscribir ya en el Registro Mercantil de acuerdo a lo establecido en el artículo 315.1 de la LSC: *“El acuerdo de aumento del capital social y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil”*. Consideramos que se ha escrito porque han pasado más de ocho meses desde la celebración de la junta, aunque no conocemos este dato.

Podríamos tratar de solicitar las medidas alegando que esta situación encaja en los requisitos de apariencia de buen derecho y *fumus boni iuris* exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 728. Consideramos que los documentos presentados junto con este escrito podrían fundamentar las pretensiones del escrito de demanda y la necesidad de que se adopten las medidas cautelares que se solicitan, alegando que la sociedad Sigaar, accionista ahora del 95% del capital social de Newco podrá disponer libremente de estas acciones con el riesgo que esto conlleva para nuestra representada. La adopción de los acuerdos impugnados puede implicar además que se tomen decisiones con votaciones que serán adulteradas debido a que la mayoría casi absoluta que posee actualmente Sigaar ha sido conseguida a través de un abuso de su posición mayoritaria.

Sin embargo, lo desaconsejamos dado que entendemos que las dos medidas cautelares más importantes en este tipo de casos son las recogidas en el artículo 727 de la misma norma recoge en sus apartados quinto y décimo que: *“5.ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos. (...) 10.ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitidos valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.”* Y que son de especial utilidad para casos en los que los requisitos exigidos en el 728 son más claros, como por ejemplo un acuerdo de fusión o un acuerdo de traslado de domicilio internacional.

De todas formas, dejamos la puerta abierta para que antes de la presentación del escrito se nos dé más información por parte de Greed Group, para que si verdaderamente consideran que existe un riesgo en caso de no adoptar las medidas cautelares nos lo trasladen y las solicitemos a la hora de presentar el escrito de demanda de impugnación de acuerdos sociales cuyo borrador incluimos en este informe.

Podríamos justificar dicha solicitud en base al Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de octubre de 2003 señaló que: *“(...) no corresponde a este momento procesal el determinar con total y absoluta precisión la viabilidad del mismo, sino tan solo establecer si existe un cierto juicio positivo por parte del juzgador de que el resultado del proceso principal podría llegar a concretarse de forma favorable al actor”*. Además, el auto de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de diciembre de 2011 facilitó sobremanera la solicitud de estas medidas de la siguiente forma: *“Cuando la medida cautelar que se solicita es la suspensión del acuerdo social, este requisito queda cumplido desde el momento en que “prima facie” la demanda aparece correctamente fundamentada desde el punto de vista jurídico, de forma que la apariencia de buen derecho vendría dada por sí sola a partir del simple ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales, y la comprobación de que concurren en el promotor de la demanda los requisitos elementales de legitimación exigibles para la solicitud de la medida en cuestión.”*

Además, Greed Group cuenta con la capacidad necesaria para solicitar las medidas cautelares de acuerdo con lo recogido en el artículo 721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La competencia para conceder esta medida cautelar de suspensión del acuerdo le corresponde al mismo juzgado que esté conociendo el caso de impugnación del acuerdo, como establece el 723.1 de la LEC. Por último, será fundamental tener en cuenta que el artículo 728 de la misma norma, recoge que para poder solicitar las medidas cautelares deberemos presentar una caución, en caso de que finalmente consideren oportuno solicitar dichas medidas tendremos que valorar la cuantía.

---

## **6. Cuestiones de interés para Greed Group**

### **6.1. Presión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente.**

Consideramos que estamos ante un caso claro de aumento de capital por compensación de créditos y abuso de la mayoría que es uno de los tipos más comunes de acuerdos abusivos en el seno de las sociedades. Es natural que en las sociedades mercantiles surjan multitud de desacuerdos y discrepancias entre los socios. Sin embargo, hay condicionantes que agravan este tipo de situaciones y son aquellas en las que los socios mayoritarios abusan de su posición y lo hacen además obedeciendo a intereses que no son los de la propia sociedad. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha recogido estos problemas en múltiples resoluciones, siendo un ejemplo claro la que dictó en fecha 2 de octubre de 2015, en la que recogió que: “(...) *esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social (...)*”.

En la legislación, este tipo de operaciones ha sido recogido en el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital de la siguiente manera: “*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 también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*”.

El segundo párrafo determina de manera clara que los acuerdos con abuso de la mayoría son una categoría dentro de los acuerdos contrarios al interés social. Es decir, en la legislación se distingue entre: los de acuerdos contrarios al interés social propiamente hablando y los acuerdos que lo son al ser adoptados por la mayoría abusando de su condición. Este artículo establece un cauce legal directo para la impugnación de los acuerdos que reúnan estos requisitos legales.

La norma define este tipo de acuerdos como aquellos que se adoptan buscando beneficiar a los socios que tienen un porcentaje mayoritario de acciones, no solo eso, sino que además de alguna manera debe causar perjuicio a los socios minoritarios. Esto no necesariamente implica que dicho acuerdo provoque un perjuicio al patrimonio social, sino que incluso podría reportar beneficios a la sociedad.

El requisito determinante que recoge la ley para estos casos es que verdaderamente exista una “necesidad razonable” para adoptar este acuerdo. Tiene sentido dado que desplaza del foco del

juicio el posible resultado adverso que pueda tener la adopción del acuerdo y se centra en si hubo necesidad o no a la hora de adoptarlo. Este criterio es la forma más clara para determinar si verdaderamente ha habido abuso de los socios mayoritarios o no. Está claro que es un criterio que tiene un componente interpretativo muy amplio, lo que propicia que sea una cuestión muy controvertida que es resuelta teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

Eso sí, jurisprudencialmente se han establecido una serie de criterios orientativos con el objetivo de acotar la definición de la “necesidad razonable”. Esto implica que las decisiones que se tomen con el apoyo de la mayoría y la oposición de algún socio minoritario tendrán que hacerse de la manera más escrupulosa y atendiendo hasta el último detalle. Es decir, debe tener una importancia de negocio tal que justifique que se desoiga la oposición de la minoría. En caso de no ser así la ley entiende que el acuerdo se adoptará con la intención de beneficiar a la mayoría, teniendo la sociedad que demostrar que no es así, es decir, le corresponde a la sociedad la carga de la prueba de la “necesidad razonable”.

Una de las opciones utilizadas por las compañías al adoptar acuerdos de ampliación de capital es buscar que tenga el menor impacto en la minoría, buscar que exista la menor oposición por parte de ésta última. Sin embargo, no es exactamente lo que busca la ley a través de la expresión “necesidad razonable”, es decir, no se traduce como “la alternativa menos gravosa para la minoría”. Es decir, el impacto que pueda tener el acuerdo para la minoría es uno de los factores que tendrá que ser analizado para ver si existe abusividad, pero no es el único.

Dado que estamos en un supuesto especial, el aumento de capital por compensación de créditos, éste reviste una serie de requisitos diferentes tal y como se recoge en el artículo 301 LSC. A la hora de analizar si este acuerdo ha sido adoptado por la mayoría abusando de su posición será necesario analizar cuál es la finalidad concreta que se persigue, y la idoneidad de esta operación. Es decir, que no existiesen otros cauces menos “lesivos” para la minoría. Esto se debe principalmente a que el aumento de capital por compensación de créditos acarrea necesariamente la dilución de la participación de aquellos socios que no tengan créditos compensables frente a la sociedad<sup>3</sup>. Tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008, como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2012, determinaron que existió abuso de los socios mayoritarios en la adopción de un acuerdo tras haber prestado dinero a la sociedad con la intención de aumentar posteriormente su participación en el capital sin que el resto de los socios minoritarios pudiera evitarlo<sup>4</sup>.

Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 23 de noviembre de 2012 resolvió una cuestión realmente similar en el que se pudo constatar que la última finalidad del aumento de capital por compensación de créditos fue perjudicar a la minoría. Los socios de esta sociedad tenían la política de afianzar determinadas obligaciones financieras hasta que debido a una serie de roces y discrepancias los socios minoritarios dejaron de participar de esta política. Se realizó entonces un aumento de capital sin dar la opción a los socios minoritarios a volver a participar en la financiación. Esta sentencia concluyó que: “(...) *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, asegurándose de ello mediante la elección del mecanismo concreto (compensación de créditos otorgados por algunos de ellos)*”

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J. El abuso de posición de dominio: imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos. Artículos 291 y 292. Ed. Tecnos. Madrid. 2001.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de derecho mercantil. 20ª Ed. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1997.

*que privaría a aquéllos, en represalia por su conducta precedente, de cualquier posibilidad de poder participar en él, a diferencia del efecto que se siguió para los mayoritarios”.*

Otro claro ejemplo lo ofrece la en la que se planteó una disputa judicial resultado de una ampliación tras una capitalización de créditos como forma de reestructuras y sanear las cuentas de la sociedad. En esta sentencia se concluye que: *“(…) ni existe un derecho de suscripción preferente que haya sido desconocido por los acuerdos impugnados, ni la forma o modalidad de aumento de capital puede decirse que tuviera por finalidad diluir la participación de un socio minoritario [...]. Los aumentos de capital impugnados tienen por finalidad capitalizar la sociedad en ejecución de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente para permitir la viabilidad económica de la sociedad en situación de crisis, incurra incluso en causa de disolución, según ha quedado reflejado contablemente en las cuentas anuales del ejercicio 2015 y del ejercicio 2016, que no consta fueran alteradas en modo alguno para crear una situación de crisis económica de forma artificial”.*

La Audiencia Provincial de Barcelona dispuso en su sentencia de 21 de junio de 2013 lo siguiente: *“En el contexto del grupo apreciable en este caso, en el que una misma persona es socio mayoritario de control de todas las sociedades que lo integran, los socios externos al grupo de control, minoritarios de alguna de las filiales o sometidas, o de la dominante, pueden ver volatilizado el valor de su participación social, consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquéllos no participan, o en general de operaciones societarias intragrupo que originen un perjuicio a los intereses particulares de la sociedad dominada o sometida”.*

Sin embargo, no hay que perder de vista que existen casos en los que se ha analizado el aumento de capital, a pesar de que las posiciones de los socios minoritarios se han diluido, pero respondían a una necesidad razonable de la sociedad y no tenía como finalidad principal el perjuicio a la minoría, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de marzo de 2019.

En el caso concreto que estamos analizando en el presente informe es fundamental tener en cuenta las circunstancias en las que se ha dado la aprobación de este acuerdo. La sociedad Newco ha sido constituida para manejar la sociedad Habanera sin incurrir en costes fiscales, y la idea principal de esta Joint Venture es que ambas sociedades mantengan su participación y se repartan así los beneficios de las sinergias. Sin embargo, sin ni siquiera haber pasado medio año Sigaar ha conseguido a través de este aumento de capital reducir la participación de Greed Group de un 25% a un 5%. Actuando así de manera clara contra el plan establecido en el acuerdo de intenciones y plasmado en el contrato posterior. Esto nos da pie a introducir el siguiente apartado de este informe.

Para que se hagan una idea de la magnitud de la operación recogemos los cálculos matemáticos que nos permitan conocer hasta qué punto se ha aumentado el capital para conseguir diluir la participación de Greed Group en Newco.

Para calcular el impacto del aumento realizado por Sigaar en Newco será de aplicación la siguiente fórmula:

$$(0,75 * C + \Delta) / (C + \Delta) = 0,95$$

Donde C es el capital inicial

$\Delta$  es el incremento, es decir el aumento.

Aterrizando esta fórmula teórica, para que nos arroje el resultado de cuanto ha aumentado porcentualmente el capital utilizaremos la siguiente fórmula:

$$(0,75 + X) / (1 + X) = 0,95$$

X = corresponde al aumento de capital

Mientras que 1 es el capital anterior al aumento

Esta fórmula arroja un resultado que corresponde al porcentaje que ha habido de incremento, y es un cálculo sencillo.

$$(0,75 + X) / (1 + X) = 0,95 \leftrightarrow 0,75 + X = 0,95 + 0,95 X \leftrightarrow 0,05 X = 0,2 \leftrightarrow X = 0,2 / 0,05 = 4$$

Es decir, para que el capital de Sigaar haya pasado del 75% al 95% y el de Greed Group haya disminuido de 25% a 5%, el aumento de capital ha sido del 400%.

Antes Sigaar contaba con el 0,75 sobre 1, ahora tiene 0,75 + 4 sobre un total de 5. La operación es de esta forma:  $4,75 / 5 = 0,95$

---

## 6.2. Doctrina de los actos propios.

La doctrina de los actos propios implica que el autor de una declaración de voluntad queda vinculado al objetivo de ésta, es decir, no puede actuar de manera distinta posteriormente. Es la traducción jurídica de la locución latina: *“Venire contra factum proprium non valet”*. La doctrina de los actos propios tiene su fundamento en dos principios, la protección de la confianza y en el principio de la buena fe. Es decir, cuando una parte se compromete con la otra genera en ésta última una expectativa y actúa en consecuencia, creando así la posibilidad de que la primera parte actúe de manera distinta y obtenga un beneficio al romper su compromiso. Esta doctrina se basa en un principio fundamental del Código Civil, la buena fe, tal y como precisa su artículo 7.1: *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en su sentencia de 24 de mayo de 2001 que la doctrina de los actos propios implica que: *“(…) es principio general de Derecho el que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico”*. Además, esta jurisprudencia del TS dispuso que se deben dar dos requisitos obligatorios para poder hablar de doctrina de actos propios, siendo el primero: los actos que del lugar a la apariencia de buen derecho y, por ende, al posterior comportamiento de la otra parte, deben de ser inequívocos. Y segundo, debe existir algún tipo de incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. El objetivo primordial de la doctrina de los actos propios es proteger la confianza que la otra parte ha depositado en el comportamiento, que necesariamente le predetermina su comportamiento posterior. En definitiva, es la creación de un límite jurídico que imposibilite contradecir procesalmente una conducta.

En la jurisprudencia la doctrina de los actos propios ha sido definida en múltiples sentencias como una manifestación de voluntad, generalmente de carácter tácito, que vincula al que la hace, impidiéndole después adoptar un comportamiento contradictorio. Además, existen una serie de

requisitos para que sea de aplicación esta doctrina, siendo los principales: el primero, el acto propio debe haber sido realizado con plena libertad de criterio y voluntad, como en el Derecho Penal, deben existir los elementos volitivo e intelectual. Por lo tanto, una persona no podrá invocar la doctrina de actos propios cuando ésta sea resultado de sus propias acciones y tuviese como objetivo al realizarlas la posterior invocación de este principio para beneficiarse. El segundo, debe existir siempre un nexo causal que permita relacionar el acuerdo o acto y su incompatibilidad con la conducta posterior. El tercero y último, el principio de los actos propios podrá ser estimado cuando los actos que permitan invocarlo definan de modo inalterable la situación de quien los realiza. Además, de aquellos que se han realizado con el objetivo de crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a actos que hayan creado este tipo de relación que no podrá ser alterada de forma unilateral por ninguna de las partes. Existe una excepción, la doctrina de actos propios no es de aplicación cuando los actos sean jurídicamente objeto de nulidad o ineficacia.

Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la doctrina de actos propios como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004 que estableció que: *“(…) para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquél, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada, es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran infinidad de sentencias, la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata.”*

Es evidente que Sigaar ha actuado de manera contraria a la doctrina de actos propios dado que Greed Group constituyó con esta primera sociedad una Joint Venture para aprovechar de manera mutua las sinergias y teniendo en cuenta este objetivo común comprometió a su filial, Habanera, permitiendo que Sigaar tuviese una mayoría del capital social. Sigaar ha actuado contra la doctrina de los actos propios, relegando a Greed Group a una posición casi residual dentro de Newco, que es la sociedad que controla a su filial Habanera.

---

### **6.3. Ampliación de capital realizada**

La ampliación de capital es una modificación de los estatutos sociales que está dirigida a elevar la cifra de capital en que contienen. Tiene una especialidad con respecto al resto de modificaciones estatutarias dado que no concluyen con la adopción del acuerdo social, sino que dicho acuerdo deberá ser ejecutado y posteriormente inscrito en el registro correspondiente para considerarse concluido.

Es de interés de cara a realizar este informe la fase de ejecución del acuerdo de aumento de capital, dado que existen una serie de requisitos formales que son exigidos legalmente para proteger a terceros y cumplir con el principio de publicidad registral. Como ya se ha adelantado, esta fase

de ejecución del aumento de capital, una vez se haya realizado la suscripción y desembolso de las nuevas acciones, concluirá una vez se inscriba en el Registro Mercantil. Por lo tanto, se inscribirá de manera simultánea el acuerdo de aumento de capital y la ejecución de este, como recoge el artículo 315.1 LSC. El objetivo es evitar que tengan publicidad acuerdos que todavía no se han ejecutado, dado que dicha publicidad provoca que el aumento sea plenamente efectivo. Si el aumento fuese incompleto será de aplicación el artículo 311 de la LSC.

Siguiendo con el análisis del aumento de capital, existen varios tipos que se clasifican atendiendo a distintos criterios, siendo de especial relevancia los recogidos en el artículo 295.2 de la Ley de Sociedades de Capital que son los relativos a la naturaleza del contravalor de la operación. Como ya se ha adelantado, existen varios requisitos que deben ser cumplidos. En cuanto a la adopción del acuerdo de ampliación de capital deberá ser adoptado por la Junta general de socios y cumpliendo con los requisitos generales de toda modificación estatutaria tal y como establece el art. 296.1 LSC).

Dado que Newco es una sociedad anónima no es necesario que el acuerdo de aumento de capital que adopte la Junta general recoja todos los datos de la operación, sino que podrán delegar en los administradores la facultad de completar dicho acuerdo. Eso sí, es necesario que los administradores cumplan con esta delegación en un plazo no superior a un año desde la adopción. En cualquier caso, los administradores tienen también la facultad de redactar los estatutos sociales incluyendo el aumento de capital, una vez ejecutado dicho acuerdo tal y como recoge el art. 313 de la Ley de Sociedades de Capital. En la fase de ejecución del acuerdo social, dado que Newco es una sociedad anónima basta con que el valor de cada una de las acciones, una vez aumentado el capital, esté desembolsado por lo menos en una cuarta parte como establece el artículo 296.3 LSC. Es obligatorio realizar el desembolso desde el momento mismo de la suscripción como recoge el art. 312 LSC.

Una vez concluya la fase de la suscripción, tendrá que otorgarse una escritura de ejecución donde deberán expresarse los bienes y derechos aportados, así como la identidad de los nuevos socios, como pasará a ser la numeración de las acciones y la declaración de los administradores de que la titularidad de éstas se ha reflejado en el Libro Registro de Socios o Libro Registro de acciones nominativas, tal y como precisa el art. 314 LSC.

Además, el Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 165 que el aumento ha de ser inscrito en el Registro Mercantil en virtud de una escritura pública, siempre y cuando hayan sido debidamente ejecutados. El artículo 166 de esta misma norma recoge cuales son los requisitos formales y materiales que deberá contener la escritura del aumento del capital social para que sea válida. El 167 recoge los requisitos en cuanto al capital autorizado, y el 168 las clases de contravalor del aumento de capital social. Además, dado que estamos ante una aportación no dineraria el apartado tercero de este último artículo nos remite a los artículos 133 y 134 de esta misma norma, que tratan sobre las aportaciones no dinerarias y los desembolsos pendientes.

Existe una controversia jurídica sobre si la inscripción es el momento en que se constituye realmente el aumento, ha sido resuelta en varias ocasiones por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 28 de marzo de 1995, de 3 de diciembre de 1999 y de 22 de octubre de 2003, coincidiendo en todas estas que verdaderamente el momento de constitución es la inscripción.

En el caso concreto que estamos analizando estaríamos ante un aumento por compensación de créditos. El art. 301.1 de la Ley de Sociedades de Capital recoge este tipo de aumento, en el que

la contrapartida de las nuevas acciones de la sociedad (dado que Newco es una sociedad anónima) es el crédito que ostenta Sigaar frente a la primera. Este artículo establece que: *“(...) Cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años (...)”*.

Existe doctrina que afirma que esta compensación equivale a un aumento de capital por aportación dineraria, sin embargo, es doctrina mayoritaria la que defiende que es un aumento de capital sui generis por lo que no le son de aplicación las normas del aumento de capital por aportaciones dinerarias. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de seis de febrero de 2012 estableció que no existe el derecho de suscripción preferente, ex lege, en los aumentos de capital por compensación de créditos porque no es un aumento de capital contra aportaciones dinerarias. Es relevante también analizar el aumento de capital por compensación de créditos como modificación contable dado que la sociedad no recibe nuevos medios económicos. La aportación/compensación del crédito provoca únicamente una modificación contable.

El aumento por compensación de créditos tiene una serie de requisitos de exigibilidad y liquidez que tienen que ser cumplidos. Es decir, para que el crédito pueda ser objeto de compensación tal y como establece el artículo 301.1 LSC. El crédito debe poder ser exigible en al menos en un 25%, dado que Newco es una sociedad anónima. Además, la parte que no esté vencida del crédito las acciones se considerarán parcialmente desembolsadas. Como ya se ha adelantado, es necesaria una verificación por parte del auditor para que compruebe que se ha producido la eliminación del crédito del pasivo y que correlativamente, se ha aumentado la cuenta de fondos propios de la sociedad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de marzo de 2018 recogió que: *“(...) los créditos provenientes de los contratos de préstamo (...) se encontraban ya vencidos y resultaban plenamente exigibles (...) por contemplarse tal vencimiento en los respectivos contratos. Y, aunque es cierto que los préstamos efectuados (...) carecían de fecha precisa de vencimiento, lo cierto es que, como antecedente intelectual del acuerdo de aumento, se adoptó de manera coetánea el acuerdo de amortización anticipada de los créditos que iban a ser compensados. (...) en el informe del órgano de administración se justifica el sacrificio que para la sociedad supone renunciar al beneficio del plazo del que aún disfrutaba respecto de determinados créditos en la conveniencia de capitalizarlos para corregir la situación de desbalance en la que se encontraba. No vemos, por lo tanto, que concurra esa misma justificación respecto de créditos que no van a capitalizarse ni, en consecuencia, a producir ese efecto benefactor”*.

Por lo tanto, es fácil analizar si se han cumplido o no estos requisitos debido a su reflejo en el balance de la sociedad. El tercer apartado del 301 LSC recoge que en la sociedad anónima cuando se convoque la junta general: *“(...) se pondrá también a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que, acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. (...)”*.

Queda claro que no se le exige a la sociedad que obtenga un informe de experto independiente que compruebe el valor del crédito compensado, sino que es necesaria una calificación de

auditoría que de manera clara recoja que los créditos que han sido compensados aparecen en la contabilidad de la sociedad y que su valor cuadra con el recogido por los administradores<sup>5</sup>.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 2012 recoge que en el caso de que se compensen varios créditos será necesario que consten en escrituras diferentes, y si estuviesen unificados tendrá que poder demostrarse esta situación. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de junio de 2016 recoge que el art. 301 de la Ley de Sociedades de Capital no admite la delegación de la junta en el consejo de administración la posibilidad de efectuar el aumento de capital por compensación de créditos si estos requisitos legales, ya analizados, no han sido cumplidos.

La convocatoria y la celebración de la Junta General se han realizado de acuerdo a lo recogido en la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no podrán ser utilizados por Greed Group en su demanda de impugnación de acuerdos sociales.

---

#### **6.4. El valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.**

Según se extrae de los hechos, el 10 de marzo de 2020 se reunieron en Miami Beach los representantes de Sigaar y de Greed Group. En este encuentro, el Sr. Fox puso de manifiesto que tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio de 2019, para obtener un mayor precio por sus acciones. Para demostrar estas acusaciones tan graves el Sr. Fox mostró un informe realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, en el que se calculaba un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 Euros. TOTAL: 6.171.680 Euros. Con una diferencia de: 1.606.096 Euros. En consecuencia, se solicitó el ajuste del precio de la compraventa de acuerdo con el EBITDA corregido. Los representantes de Greed Group negaron las acusaciones y mostraron su disconformidad.

Se nos ha pedido analizar el valor que tendría este informe de cara a un posible procedimiento judicial. Estimamos que la forma más eficaz que tendrá la parte contraria para incorporar esta información al proceso sería intentar aportarlo como informe pericial. Este tipo de prueba es el medio de prueba a través del cual los peritos aportan sus conocimientos técnicos o científicos sobre una cuestión que por su complejidad es difícil analizar de otra forma. Sin embargo, consideramos que no encaja del todo dentro de este tipo de prueba ya que según los artículos 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no terminaría de encajar, especialmente en el art. 340.1 de la LEC. Los propios empleados de una de las empresas que es parte en el procedimiento consideramos que en ningún caso podrá considerarse perito. Si así lo propusiesen consideramos que lo más apropiado será presentar una tacha de perito tal y como recoge el artículo 343.1.2º : *“Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante”*.

Por consiguiente, la opción más correcta, aunque tenga menos contundencia, es que se aporte dicho documento como documento privado. Estos según el 324 de la LEC son definidos de

---

<sup>5</sup> MENÉNDEZ, Aurelio. ROJO, Ángel. Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I. Editorial Thomson Reuters. 13ª Edición. Navarra, 2015.

manera negativa, es decir, se entienden como documentos privados todos los que no encajen en el tipo legal de documentos públicos, que son los recogidos en el art. 317 LEC.

Al ser un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, podrá ser impugnada su autenticidad por nuestra parte si se aportase en el juicio, de acuerdo con lo establecido en el art. 427.1 LEC. En caso de ser aceptado en el proceso como cierto se podría solicitar el examen de un perito de dicho documento y de la información que se ha utilizado para redactarlo. La parte contraria podría incluso solicitar el interrogatorio de testigos y llamar al jefe (o cualquiera de los trabajadores) del departamento de contabilidad, como establece el art. 326.2 LEC. Al igual que con el posible intento de presentarla como pericial, tras las preguntas del tribunal, especialmente la de los intereses (art. 367.1.4º LEC) quedará claro que no es un testimonio imparcial.

---

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

La responsabilidad mancomunada es definida como aquella en la que concurren varios acreedores o deudores, en las 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.

Mientras que la responsabilidad solidaria es aquella en la que concurren varios acreedores o deudores, pero con la diferencia que cada acreedor puede pedir y cada deudor deberá responder íntegramente las cosas objeto de la obligación. Es decir, la obligación debe ser cumplida sin que se hagan divisiones a favor del acreedor, se podrán dirigir contra cualquiera de los deudores y solicitarles que se hagan cargo de la totalidad de la deuda.

En nuestro ordenamiento la presunción es la mancomunidad ante la concurrencia de varios acreedores o varios deudores, y la solidaridad es por tanto la excepción. El artículo 1137 del Código Civil establece que: *“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 uno 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”*.

Una vez hecha esta introducción, es necesario analizar las figuras de los administradores solidarios y mancomunados. El nombramiento de administradores de forma mancomunada implica que puedan ejercer un poder mancomunado, es decir, que la sociedad solo queda vinculada a sus actos cuando actúen mancomunadamente. Es una forma habitual de regular la representación de la sociedad.

Es relevante esta elección de forma sobre todo teniendo en cuenta las relaciones entre la sociedad y los socios. La Dirección General de los Registro y del Notariado considera que para que los administradores puedan convocar válidamente una junta tendrán que actuar mancomunadamente. Sin embargo, la posterior Ley de Sociedades sí que lo permite.

Es importante tener en cuenta las figuras jurídicas de “poder” y “mandato”. El poder es otorgado a los administradores para representar a la sociedad, es decir, que pueden vincular el patrimonio de la sociedad en operaciones con terceros. Mientras que el mandato otorga la capacidad para obrar con el objetivo de realizar una tarea en concreto, por ello, la figura de pluralidad de mandatarios está menos extendida. El artículo 1693 del Código Civil recoge que: *“Cuando dos o*

*más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal.”*

En el Código de Comercio lo recoge en los artículos 129 y siguientes, de forma parecida: *“Si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad”*.

En la Ley de Sociedades de Capital, los modos de organizar la administración se recogen en el artículo 210, que dice así: *“1. La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración. 2. En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración. (...) 4. Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.”*

Es decir, que los legisladores que redactaron esta norma no distinguieron entre lo que es propiamente la administración de la sociedad (actuaciones internas) y lo que es su representación (vinculación de la sociedad con terceros). El artículo 166 de la Ley de Sociedades permite (sin importar si son solidarios o mancomunados) que los administradores convoquen la junta. Como ya se ha analizado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1693 del Código Civil los administradores tendrán que coordinarse. En el caso de que uno de los administradores convocase una junta sin que el resto de los administradores estén de acuerdo no podrán oponerse siempre y cuando el primero no esté incumpliendo sus deberes como administrador.

Es fundamental este análisis dado que los contratos firmados entre Sigaar y Greed Group el día 20 de diciembre, en realidad fueron firmados por el Sr. Gekko y el Sr. Fox. Dado que el Sr. Fox es administrador mancomunado de la sociedad de Países Bajos, dicho contrato tendría que haber sido firmado por el otro administrador mancomunado para ser completamente válido. Dado que carecemos de información sobre cómo fue llevada a cabo esta firma y si se le otorgaron poderes o no, consideramos que no es necesario entrar a analizar más en profundidad esta cuestión. Además, al haber sido elevada a público, entendemos que de alguna forma se habilitó al Sr. Fox para realizar este acto de manera válida. No solo eso, sino que el segundo administrador mancomunado de Sigaar ha ocupado el puesto del Sr. Fox tras su destitución en la junta general extraordinaria celebrada en abril, lo que demuestra que no se actuó a sus espaldas y que la firma es válida.

---

## **8. Valoración de la Joint Venture.**

La *Joint Venture* es una forma que tienen las empresas de aliarse para conseguir sinergias que beneficien a quienes formen parte de esta unión. El contrato de *Joint Venture*, también conocido como contrato de “empresa conjunta” es la forma más habitual de formalizar estas alianzas

empresariales. Las partes, dos sociedades que son independientes entre sí, se asocian y constituyen una empresa participada por éstas, a la que asignan recursos para lograr objetivos que sin esta unión serían inalcanzables para las sociedades. 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, queda 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.

Se nos pide valorar en este informe 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: la primera, 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, las empresas comparten los riesgos, gastos y responsabilidades que se deriven del proyecto común. La segunda ventaja, como ya ha sido adelantado en este informe, 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. Además, permite a las empresas acceder a un número mayor de recursos de las empresas, podrán solicitar créditos mayores y utilizar a estas sociedades como garantes. 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 habrá que tener en cuenta al preparar un contrato de este tipo: la primera, compartir tecnología, recursos y *know-how* con empresas de la competencia puede acarrear terribles consecuencias en el medio y largo plazo. Otra desventaja es tener que compartir con la otra empresa la toma de decisiones, con la pérdida de autonomía que evidentemente conlleva. No sólo eso, sino que también 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. Además, las filiales creadas a través de una Joint Venture tienen una gestión de una estructura más complicada. Por último, posiblemente la desventaja más importante, son los posibles conflictos que pueden surgir entre los socios dado que es probable que se den situaciones en las que las partes mantenga posiciones con 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 tal y como recoge esta propia norma en su artículo 4.3: “*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*”. Se entiende que el artículo del Código Civil que da cabida al contrato de Joint Venture es el artículo 1255, que recoge el principio de autonomía de la voluntad.

Existen una serie de pronunciamientos en la jurisprudencia sobre la figura jurídica de la Joint Venture, que limitan cuáles son sus principales características. En sentencia de 3 de enero de 2008, el juzgado mercantil número 1 de Málaga reconoció la admisibilidad de las Joint Ventures bajo el, ya descrito en este informe, 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*”.

En cuanto a alta jurisprudencia, el Tribunal Supremo definió en su sentencia de 25 de octubre de 1999, el contrato de colaboración de la siguiente manera: “(...) *es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, que ha sido aceptada y tratada por numerosa jurisprudencia (...) Es un contrato que admite gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico, lo que determina además que su función económico-social (causa de la obligación, causa en sentido objetivo) se halle especialmente relacionada con la finalidad comúnmente perseguida en cada caso (causa subjetiva, del contrato)*”.

Los rasgos más importantes del contrato de Joint Venture son: Primero, es un contrato de naturaleza atípica al no estar regulado de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, al estar basado completamente en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes son éstas quiénes deciden cuál es el contenido del contrato.

Las distintas fases que atravesaron las partes para constituir esta Newco fueron: la preparación y formación del acuerdo y lo siguiente es la gestión de la colaboración. En esta primera fase compleja y determina, obviamente, como se desarrollará la Joint Venture. La segunda fase es igual de importante, dado que se fijan las distintas cláusulas que regirán la sociedad de nueva fundación. Esta fase recoge también el desempeño de la nueva sociedad y la relación entre las partes que forman la Joint Venture.

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 y 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.

Por último, cabe estudiar cuáles son las causas de extinción más habituales en las Joint Venture. La primera sería el incumplimiento contractual por parte de una de las empresas, ésta se rige por el artículo 1124 del Código Civil. También será posible extinguirlo cuando las partes así lo acuerden. Otra de las maneras es cuando haya transcurrido el tiempo para el cuál se llevó a cabo la Joint Venture, o de manera similar, que se haya cumplido los objetivos. Puede ser también que haya concurrido algunas de las condiciones que hayan sido expresamente recogidas en el contrato. En caso de que la demanda de impugnación de acuerdo social fuese desestimada, cabría plantearse si existe incumplimiento contractual por parte de Sigaar.

---

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

El 15 de noviembre de 2019 las partes firmaron un acuerdo de intenciones en 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 la declaraciones y garantías a suscribir con

una vigencia de 24 meses. Posteriormente, el día 20 de diciembre de 2020 formalizaron los contratos de la operación e incluyeron en estos la cláusula de declaraciones y garantías, pero esta vez con una vigencia de doce meses. Se nos ha pedido que analicemos el valor tanto del acuerdo de intenciones como de las cláusulas de declaraciones y garantías.

El carácter vinculante de los acuerdos de intenciones es un tema muy controvertido desde el punto de vista jurídico. Esto es debido, en gran parte, a que no están regulados de manera clara en nuestro ordenamiento jurídico. De modo que aplica de manera subsidiaria el Código Civil, específicamente su artículo 1.255, que establece el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Como sucede con el resto de las instituciones precontractuales, el concepto y la eficacia de esta figura dependen en gran medida de la interpretación doctrinal y jurisprudencial. Las cartas de intenciones pueden llegar a ser muy útiles porque en caso de que la negociación termine torciéndose o en caso de que una de las partes redacte a traición un contrato en términos que no se han negociado, con las cartas de intenciones se podrá demostrar que es lo que realmente querían suscribir. En el presente caso nos podrán ser de utilidad para demostrar cuál eran las

El Código Civil recoge esta posibilidad al establecer que el juez podrá interpretar la voluntad de las partes analizando los actos anteriores y coetáneos al contrato. Además, en su artículo 1.451 lo siguiente: *“La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato (...)”*. Esto implica que en el ordenamiento civil se entiende que la promesa como un contrato y permite a los contratantes exigir de manera recíproca su cumplimiento.

El contenido esencial de este acuerdo de intenciones, firmado el 15 de noviembre de 2019 por Sigaar y Greed Group, era la descripción de 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 una vigencia de 24 meses. Aproximadamente un mes más tarde las partes suscribieron los contratos, fueron elevados a público, y recogieron en estos declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de doce meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Existe jurisprudencia que es en cierta manera contradictoria, dado que consideran que los acuerdos de intenciones vinculan o no según el contenido que tengan, es decir, si entran en detalle sobre las cuestiones más fundamentales o no. Por ejemplo la sentencia del TS de 3 de junio de 1998 recoge 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”*.

Mientras que, por otro lado, la sentencia del TS de 11 de abril del 2000 recoge que el acuerdo de intenciones analizado en ese caso: *“(…) 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”*.

Consideramos que en el caso concreto examinado en este informe el acuerdo de intenciones de Sigaar y Greed Group se parece más al primer caso que al segundo, dado que literalmente se nos ha informado que en dicho acuerdo se recogieron “los términos esenciales de la operación”. Por

lo que en caso de no haber llegado a firmar el contrato habría podido ser utilizado en un procedimiento judicial para demostrar cuál era la voluntad de las partes.

La otra figura jurídica relevante en este caso concreto es lo que se conoce como “declaraciones y garantías” (en inglés: *Reps and Warranties*). Se nos ha informado que en el acuerdo de intenciones se recogió que aplicaban declaraciones y garantías por un período de 24 meses, mientras que en los posteriores contratos firmados entre las partes se redujo dicho plazo a un año.

Las declaraciones y garantías son manifestaciones sobre el estado de las cosas a la hora de firmar. Es una forma de garantizar además que esta es la situación verdadera. En definitiva, es una declaración responsable que implica hacerse cargo de las consecuencias derivadas de la falta de veracidad de lo que se ha declarado en el contrato. En el caso de Greed Group de los hechos se entiende que las *reps and warranties* que recogieron fueron sobre la veracidad de la información facilitada durante la negociación y la firma del posterior contrato.

Las *Reps and Warranties* se enmarcan en el artículo 1474 del Código Civil: *“En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461, el vendedor responderá al comprador: 1.º De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2.º De los vicios o defectos ocultos que tuviere”*. Esto implica que la Greed Group se ha obligado a través del contrato al saneamiento por evicción. En este caso Sigaar podría pedir a Greed Group la devolución del sobreprecio que han pagado por las acciones. Incluso, aunque es poco probable, podrían solicitar la rescisión de la compraventa si la evicción provocase la pérdida de una parte de la cosa (en nuestro caso valor económico) de tal importancia que, sin ella, el comprador no habría adquirido las acciones.

Podrían incluso alegar la existencia de vicios ocultos, cuya definición es recogida en el artículo 1484 del Código Civil así: *“El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida (...) pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”*. Para que puedan alegar que existen vicios, tendrán que demostrar que eran ocultos, que sean anteriores a la transmisión y que sean graves.

En caso de que Sigaar intente utilizar la cláusula de *Reps and Warranties* contra Greed Group será fácil rechazar la pretensión de los vicios ocultos alegando que una auditora contratada por Sigaar realizó un informe sobre la situación económica de la empresa. Es decir, que no existen vicios ocultos y que el cálculo posterior que han hecho del EBITDA no se debe a falsedades contables, sino que el ejercicio no cerró según las previsiones recogidas en el informe de PUFOSA. Además, el informe del experto independiente refuerza este argumento, dado que arrojó un resultado similar al informe de auditoría.

---

## **10. Valor probatorio de los correos electrónicos.**

Tras la tensa reunión del 10 de marzo de 2020 hubo un cruce de emails, subidos de todo, entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, en los que el primero reiteró al segundo que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra Greed Group por las supuestas irregularidades contables de Habanera que, a juicio del Sr. Gekko, son completamente infundadas. Los correos electrónicos son una de las formas más habituales de comunicarse en las relaciones de negocios, lo que implica que si

contienen información relevante se trate de incluir en los procedimientos judiciales para tratar de resolver disputas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge en su artículo 299 cuáles son los medios de prueba que se pueden utilizar en un juicio. En su apartado segundo recoge una definición realmente amplia en la que sin lugar a duda puede ser incluidos los correos electrónicos. Además, el artículo 267 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a que sean presentados en original o copia autenticada, también se pueden presentar con 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.

En razón de lo antes expuesto, la forma de presentar los correos como prueba es muy variada dado que pueden ser presentados impresos, en formato electrónico, aunque también existe la posibilidad de acreditar que el contenido de los correos por medio de interrogatorio de parte, testifical o pericial.

Los correos electrónicos que tengan una firma electrónica que permita identificarlos con el empleado o la empresa tienen valor probatorio dado que permite autenticarlos de manera relativamente sencilla. El artículo 326.1 de la LEC dispone respecto de la impugnación de la aportación de este tipo de documentos que: *“Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”*. Su segundo apartado recoge el modo de actuar en caso de que se cuestione su autenticidad. En el apartado tercero se recoge la forma de actuar en caso de que los documentos impugnados sean electrónicos.

Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales acerca de esta cuestión. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª), de 7 de julio de 2016 recogió que: *“(…) Los correos electrónicos que se aportan con el escrito de contestación a la demanda, de los que sólo algunos han sido impugnados por la actora en la audiencia previa, impugnación que por sí sola no les priva de valor probatorio, de conformidad con lo previsto en el art. 326 de la LEC que establece que cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, y cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”*.

Además, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 22 de mayo de 2013: *“Las comunicaciones habidas entre las partes a través de correos electrónicos (aportados en soporte papel) son expresivos de las reclamaciones, en cuanto a la globalidad de la deuda a la que alude la sentencia apelada, que interrumpen la prescripción, sin que el hecho de que tales documentos hayan sido impugnados determine necesariamente la privación de todas su eficacia probatoria toda vez que el artículo 326 LEC señala que los documentos impugnados, sobre cuya autenticidad no se haya practicado prueba, podrán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica. Y esa valoración permite llegar a la convicción de la realidad de los correos y de las reclamaciones con el efecto de interrumpir la prescripción.”*

Los correos electrónicos podrán ser aportados a la demanda de impugnación de acuerdo social para tratar de demostrar que la junta en la que se diluyó la participación de Greed Group fue una consecuencia de la discusión entre el Sr. Fox y el Sr. Gekko, recogida en los correos electrónicos.

También podrá ser aportada por la parte contraria en una posible demanda que interpongan para reclamar la responsabilidad del administrador.

---

## **11. Pautas para una valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados.**

En este apartado examinaremos de manera concisa qué podrá reclamar Sigaar y que podrá reclamar Greed Group. La indemnización por daños y perjuicios debe de hacerse en relación con el principio de reparación integral de los daños y perjuicios sufridos, siempre a partir de la prueba de la existencia de tal daño.

Empezando por este primero, como ya se ha analizado en el correspondiente apartado de este informe Sigaar podrá intentar reclamar una indemnización por los daños causados a Greed Group por el falseamiento de la contabilidad a la hora de valorar a Habanera. Fundamentando su reclamación en daño emergente, es decir, la diferencia que existe entre el EBITDA con el que se realizó la fórmula para la valoración de las acciones y el que ha calculado su propio departamento de contabilidad posteriormente. Además, podrían incluso solicitar una cantidad mayor de acuerdo a las cláusulas de declaraciones y garantías. Una manera que podría utilizar esta sociedad para calcular la cantidad es el “enfoque benchmark” que compara el desempeño de la empresa con empresas de similares características de su sector. Además, Sigaar podrá reclamar una indemnización al auditor y a la sociedad auditora Pufosa, por la presunta negligencia a la hora de realizar el informe que se les encargó para valorar la empresa Habanera, como ya se ha analizado en su respectivo apartado dentro de este informe.

Por último, podrían reclamar una indemnización por daños al Sr. Gekko por no estar actuando diligentemente para establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa para evitar el hundimiento de las ventas causadas por la crisis de la pandemia. Esta reclamación tendrá que ser fundamentada en el lucro cesante y en que la conducta de éste es, presuntamente, de competencia desleal. Eso sí, Sigaar deberá probar que todos los sujetos contra los que dirija estas acciones sean verdaderamente responsables del daño para el que se reclama la indemnización.

La cuantificación será determinante dado que el artículo 219 LEC recoge que para reclamar cantidades pecuniarias tiene que cuantificarse de manera exacta el importe, o en su defecto fijar de manera precisa cómo se tiene que hacer la liquidación. De esta forma, la sentencia condenatoria establecerá el importe exacto de las cantidades, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008 recogió que: *“(…) En las deudas de valor, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir”*.

Asimismo, en el caso de Sigaar podrá reclamar estas indemnizaciones de manera solidaria, como por ejemplo contra el auditor que realizó el informe y la Sociedad Pufosa. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2007 recogió que: *“(…) el reconocimiento de esta responsabilidad in solidum (con carácter solidario), responde a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para*

*su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades”.*

Por otro lado, Greed Group en principio no tendría que cuantificar daños ni solicitar ninguna indemnización de momento, dado que la acción que debe plantear es una demanda de impugnación de acuerdo social. En principio no se le ha causado ningún perjuicio económico, siempre y cuando la sentencia sea estimatoria y el acuerdo sea declarado nulo. Si finalmente esto no fuese así, cabría plantearse demandar a Sigaar por incumplimiento contractual por el contrato de la Joint Venture, dado que al hacerse con el control casi total de Newco ha desvirtuado este acuerdo.

---

## **12. Conclusiones y estrategia a seguir.**

Se nos han pedido analizar una serie de cuestiones jurídicas para posteriormente valorar cuál sería la mejor forma de proceder para defender los intereses de Greed Group en esta disputa. Adelantamos ya que la estrategia a seguir más eficaz será una demanda de impugnación de acuerdo social, de acuerdo con los siguientes argumentos.

En cuanto a las cuestiones procesales, lo primero, de acuerdo con el artículo 206.1 LSC Greed Group cuenta con la legitimación activa para interponer una demanda de impugnación de acuerdo social. Lo segundo, Newco tiene la legitimación pasiva tal y como establece el tercer apartado del mismo artículo. Además, en los casos de impugnación de acuerdos no existe la situación de litisconsorcio pasivo respecto de la compañía ni los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado, ni los administradores que promovieron la adopción de dicho acuerdo. En nuestro caso, al ser una demanda que impugna un acuerdo social encajaría en el tipo del 249.1.3º LSC, por lo que el procedimiento a utilizar sería el del juicio ordinario. Éste, sus fases procesales y requisitos legales se encuentran recogidos en los artículos 399 a 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, no será de aplicación la cláusula de sumisión expresa sino que corresponderá al Juzgado al que, por turno, corresponda de los de la ciudad de Barcelona, donde la sociedad Newco, la demandada, tiene su domicilio social. Sin embargo, dado que en este informe se va a analizar también la posición de la parte contraria habrá que analizar si en el caso de que quieran presentar una demanda sí que será de aplicación la cláusula de sumisión expresa, es decir, los tribunales de Valencia conocerán de las disputas judiciales. Para estas posibles demandas de Sigaar es probable que todas sean por razón de la cuantía juicio ordinario, pero esto será analizado con mayor profundidad en el segundo informe.

Hemos realizado una valoración de los hechos acontecidos y tras ésta consideramos que podemos utilizar como argumento en la demanda que Sigaar ha actuado de manera contraria a la doctrina de actos propios dado que Greed Group constituyó con esta primera sociedad una Joint Venture para aprovechar de manera mutua las sinergias y teniendo en cuenta este objetivo común comprometió a su filial, Habanera, permitiendo que Sigaar tuviese una mayoría del capital social. Sigaar ha actuado contra la doctrina de los actos propios, relegando a Greed Group a una posición casi residual dentro de Newco, que es la sociedad que controla a su filial Habanera. La convocatoria y la celebración de la Junta General se realizaron de acuerdo a lo recogido en la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no serán de utilidad para defender la posición de Greed Group en su demanda de impugnación de acuerdos sociales.

Se nos ha pedido analizar también el valor probatorio del informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar. Consideramos que al ser un documento que ha efectuado un trabajador de la empresa, y que obviamente no es imparcial, en caso de que se presente este documento como prueba, podrá ser impugnada su autenticidad por nuestra parte. En caso de ser aceptado en el proceso como cierto se podría solicitar el examen de un perito de dicho documento y de la información que se ha utilizado para redactarlo. La parte contraria podría incluso solicitar el interrogatorio de testigos y llamar al jefe (o cualquiera de los trabajadores) del departamento de contabilidad (art. 326.2 LEC).

Se nos ha pedido que valoremos las posibles solicitudes de indemnizaciones y las cuantificaciones por los daños causados. Como se ha analizado en el correspondiente apartado de este informe Sigaar podrá intentar reclamar una indemnización por los daños causados a Greed Group por el falseamiento de la contabilidad a la hora de valorar a Habanera. Fundamentando su reclamación en daño emergente, es decir, la diferencia que existe entre el EBITDA con el que se realizó la fórmula para la valoración de las acciones y el que ha calculado su propio departamento de contabilidad posteriormente. Además, podrían incluso solicitar una cantidad mayor de acuerdo a las cláusulas de declaraciones y garantías. Una manera que podría utilizar esta sociedad para calcular la cantidad es el “enfoque benchmark” que compara el desempeño de la empresa con empresas de similares características de su sector. Además, Sigaar podrá reclamar una indemnización al auditor y a la sociedad auditora Pufosa, por la presunta negligencia a la hora de realizar el informe que se les encargó para valorar la empresa Habanera.

En el lado contrario, Greed Group en principio no tendría que cuantificar daños ni solicitar ninguna indemnización de momento, dado que la acción que debe plantear es una demanda de impugnación de acuerdo social. En principio no se le ha causado ningún perjuicio económico, siempre y cuando la sentencia sea estimatoria y el acuerdo sea declarado nulo. Si finalmente esto no fuese así, cabría plantearse demandar a Sigaar por incumplimiento contractual por el contrato de la Joint Venture, dado que al hacerse con el control casi total de Newco ha desvirtuado este acuerdo.

Tras haber analizado todas las cuestiones jurídicas relevantes del caso, tanto las que podrían tratar de utilizar los abogados de Sigaar en una posible demanda, como los que podremos utilizar nosotros para defender los intereses de Greed Group, consideramos que estamos ante un caso claro de aumento de capital por compensación de créditos y abuso de la mayoría. El conflicto que surgió tras la reunión en Miami Beach es con bastante probabilidad el desencadenante de la operación de aumento, que ha implicado la dilución de la participación de Greed Group en Newco. Encaja por tanto en el tipo, han abusado de su posición y lo han hecho además obedeciendo a intereses que no son los de la propia sociedad. Por tanto, es de aplicación el artículo 204.1 LSC. El requisito determinante que recoge la ley para estos casos es que verdaderamente exista una “necesidad razonable” para adoptar este acuerdo. Tras analizar en su correspondiente apartado de este informe qué se entiende por necesidad razonable podemos concluir que de ninguna forma el acuerdo se tomó teniendo en cuenta ésta. Se ha aumentado un 400% el capital, como se ha demostrado matemáticamente, sin que hayan transcurrido si quiera cinco meses desde la constitución de Newco.

En el caso concreto que ha sido observado en el presente informe es fundamental tener en cuenta las circunstancias en las que se ha dado la aprobación de este acuerdo. La sociedad Newco ha sido constituida para manejar la sociedad Habanera sin incurrir en costes fiscales, y la idea principal de esta Joint Venture es que ambas sociedades mantengan su participación y se repartan así los beneficios de las sinergias. Sin embargo, sin ni siquiera haber pasado medio año Sigaar ha

conseguido a través de este aumento de capital reducir la participación de Greed Group de un 25% a un 5%. Actuando así de manera clara contra el plan establecido en el acuerdo de intenciones y plasmado en el contrato posterior.

**Estrategia:** Como se ha mencionado varias veces a lo largo del informe consideramos que la estrategia que debe seguir Greed Group es impugnar los acuerdos sociales aprobados en la junta general extraordinaria de Newco celebrada el 27 de abril de 2020. Más específicamente, se pretenderá que sea nulo o anulable el acuerdo de aumento de capital. El argumento que vertebrará el siguiente escrito es que se ha producido una lesión del interés social de Newco, porque, aunque en principio no se haya causado un daño al patrimonio social, se ha impuesto de manera abusiva por el socio mayoritario. El acuerdo ha sido impuesto de forma abusiva porque se ha aprobado sin que exista una verdadera “necesidad razonable” de la sociedad, en detrimento injustificado de la posición de Greed Group, aumentando sin que sea necesario el capital hasta un 400%. Se analizarán los distintos elementos que deben ser cumplidos para poder ejercer esta acción.

## **DEMANDA SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**

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

#### **CORRESPONDA**

Don Pedro Martín Cuenca, Procurador de los Tribunales, y de Don Gordon Gekko, en nombre y representación de Greed Group, S.A. (en adelante “**Greed Group**”), con domicilio a efectos de notificaciones en la Calle del Muro, nº14 de Madrid; inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 147, hoja M-030187; según se tiene debidamente acreditado mediante la escritura de apoderamiento que se acompaña al presente escrito como **DOCUMENTO N°1**, con la asistencia letrada de Don Jorge Romero Monte, colegiado nº 123456 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante el juzgado (...) comparece y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Que paso a formular demanda de juicio ordinario sobre impugnación de acuerdos sociales contra la entidad mercantil Newco, S.A. (en adelante “**Newco**”) con domicilio a efectos de notificaciones en la Avenida Diagonal, nº12 de Barcelona; inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247; en base a los siguientes

#### **HECHOS RELEVANTES**

##### **PRIMERO.- GREED GROUP ES ACCIONISTA DE LA SOCIEDAD NEWCO.**

Adjuntamos como **DOCUMENTO N°2** los títulos justificativos de las acciones que posee la sociedad Greed Group de la sociedad Newco, equivalentes al 25% del capital social (antes del acuerdo que es objeto de este escrito). Además, adjuntamos como **DOCUMENTO N°3** el certificado del Registro Mercantil de Barcelona en el que se puede comprobar cómo se dividió el capital social en el momento de constitución de la sociedad Newco S.A. De estas acciones mi representada posee las correspondientes al 25% y el 75% restante pertenece a la sociedad de Países Bajos, Sigaar BV (en adelante “**Sigaar**”) con domicilio en Hofplein 44 (3032 AC), Ámsterdam; e inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58732409.

Esta información es de vital importancia de cara al procedimiento de impugnación de acuerdo social que estamos ejercitando dado que implica que mi representada cuenta con acciones que representan más de un cinco por ciento del capital social de la sociedad demandada.

##### **SEGUNDO.- REUNIÓN EN MIAMI Y CONFLICTO SOCIAL**

El 10 de marzo de 2020 se reunieron en Miami Beach los representantes de Sigaar con los de Greed Group. En este encuentro, el Sr.Fox (administrador mancomunado de Sigaar) puso de manifiesto que, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, se descubrieron, presuntamente, determinadas irregularidades contables cometidas por Habanera para incrementar el EBITDA de forma que resultara un mayor precio por sus acciones. Ante esta acusación, apoyada únicamente en un informe que ha realizado su departamento, los representantes de Greed Group las negaron rotundamente y pusieron de manifiesto su disconformidad con la información arrojada por el informe interno de Sigaar. Pero la discusión no quedó ahí, sino que posteriormente

hubo un cruce de emails subidos de tono entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, que se adjuntan como **DOCUMENTO N°4**. Como represalia, en menos de medio mes Sigaar convocó la junta general extraordinaria que se celebró mes y medio más tarde para diluir la participación de Greed Group en Newco.

### **TERCERO.-CONVOCATORIA DE LA JUNTA Y CONTENIDO DE ÉSTA.**

La entidad demandada convocó Junta General Extraordinaria, al no tener página web, mediante anuncios que se publicaron en el Boletín Oficial del Registro Mercantil en fecha 1 de noviembre de 2020, que adjuntamos como **DOCUMENTO N°5**; y, en el diario de gran circulación de la provincia de Barcelona en fecha 2 de noviembre de 2020, que adjuntamos como **DOCUMENTO N°6**.

De acuerdo con el régimen legal de las sociedades anónimas recogido en la Ley de Sociedades de Capital, el anuncio fijaba la fecha para celebrar la primera convocatoria de la Junta respetando el plazo de un mes establecido legalmente, es decir, fijó la celebración el día 3 de diciembre a las 10.00 PM en la sede de la compañía. Además, el anuncio de la convocatoria fijó la segunda convocatoria para el día siguiente, es decir, el 4 de diciembre del mismo año, a la misma hora y en el mismo lugar.

El anuncio publicado recogió los siguientes puntos para el Orden del Día de dicha Junta Extraordinaria:

1. La destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el Sr. Glauser Roist.
2. Ampliación del capital social por compensación de créditos de Sigaar.
3. Aprobación del acta de la Junta.

### **CUARTO.- ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS.**

La mencionada Junta se celebró en primera convocatoria y adoptó los acuerdos que constan en el certificado de la Junta que fue posteriormente librado por el administrador de la sociedad demandada y firmado por su presidente. Acompañamos dicha certificación como **DOCUMENTO N°7**.

Los acuerdos adoptados por la sociedad demandada son: primero, la destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el Sr. Glauser Roist; y segundo, la ampliación del capital social por compensación de créditos de Sigaar. Este último acuerdo supuso una ampliación social del capital del 400%, y la nueva distribución del porcentaje accionarial quedó de la siguiente manera:

- Del 75% al 95% controlado por Sigaar. De 7.500 acciones a 47.500 acciones.
- Del 25% al 5% controlado por Greed Group. Ha permanecido con 2.500 acciones.

A los anteriores hechos son de aplicar los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- COMPETENCIA**

Corresponde al Juzgado al que, por turno, corresponda de los de la ciudad de Barcelona, donde la sociedad Newco, la demandada, tiene su domicilio social. No es de aplicación el artículo 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que se aplica el régimen especial recogido en el artículo 52.1.10ª de la misma norma que establece que: *“1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: (...) 10.º En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social”*.

Según el artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), la impugnación de los acuerdos sociales es materia que deben conocer objetivamente los Juzgados de lo Mercantil.

### **SEGUNDO.- GREED GROUP CUENTA CON LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

Mi representada tiene la legitimación activa para interponer esta demanda al ser accionista de la entidad demandada y tener la capacidad de impugnar el acuerdo social por ser este resultado del abuso de la mayoría. De acuerdo con el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital: *“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 tendrá”*.

Greed Group era ya accionista de la sociedad demanda con anterioridad a la adopción del acuerdo. Además, en los estatutos no se hizo ninguna reducción en relación a los porcentajes exigidos legalmente.

### **TERCERO.- NEWCO CUENTA CON LEGITIMACIÓN PASIVA.**

El artículo 206.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece que: *“Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.”*

Dado que se está impugnando un acuerdo social adoptado por Newco, le corresponde la legitimación pasiva.

### **CUARTO.- PLAZO PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES.**

El artículo 205 de la misma norma establece que: *“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.”*

La demanda se presenta de forma temporánea dado que no se ha cumplido el plazo de caducidad de un año establecido en la ley.

#### **QUINTO.- CAUSAS DE ANULABILIDAD DEL ACUERDO IMPUGNADO.**

Teniendo en cuenta todos los hechos descritos en este escrito, consideramos que estamos ante un caso claro de aumento de capital por compensación de créditos y abuso de la mayoría. Es natural que en las sociedades mercantiles surjan multitud de desacuerdos y discrepancias entre los socios. Sin embargo, hay condicionantes que agravan este tipo de situaciones y son aquellas en las que los socios mayoritarios abusan de su posición y lo hacen además obedeciendo a intereses que no son los de la propia sociedad. Queda patente que Sigaar ha incumplido con el objeto esencial de la Joint Venture y ha actuado con mala fe, como se demostrará en las siguientes líneas.

El aumento de capital por compensación de créditos como maniobra para diluir las participaciones de los socios minoritarios ha sido analizada en multitud de ocasiones por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la resolución de 2 de octubre de 2015, lo recogió de la siguiente forma: “(...) esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social (...)”.

Fundamentamos nuestra pretensión en el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital que establece que: “*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 también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.*

El segundo párrafo recoge de manera clara nuestro caso, es decir, un acuerdo con abuso de la mayoría. La legislación distingue entre: los de acuerdos contrarios al interés social propiamente hablando y los acuerdos que lo son al ser adoptados por la mayoría abusando de su condición. El caso de Newco se enmarca en el segundo.

El abuso de la mayoría es definido en la norma como aquel acuerdo que se adopta buscando beneficiar a los socios que tienen un porcentaje mayoritario de acciones, no solo eso, sino que además causa un grave perjuicio a los socios minoritarios. Esto no necesariamente implica que dicho acuerdo provoque un perjuicio al patrimonio social, como seguramente la parte contraria alegará en su escrito de contestación, sino que incluso podría reportar beneficios a la sociedad. Por eso, no es este el objeto de la impugnación.

La ley establece que para que puedan llevarse a cabo este tipo de acuerdos el requisito esencial que deberá darse es que exista una “necesidad razonable” para adoptarlo. Tiene sentido dado que

desplaza del foco del juicio el posible resultado adverso que pueda tener la adopción del acuerdo y se centra en si hubo necesidad o no a la hora de adoptarlo. Este criterio es la forma más clara para determinar si verdaderamente ha habido abuso de los socios mayoritarios o no. En el caso de Newco consideramos que no existe de ninguna forma una necesidad razonable que justifique que cuatro meses después de la firma del contrato de Joint Venture se requiera hacer un aumento de capital que cuadruple el capital social.

A través de la jurisprudencia se ha ido creando una serie de criterios orientativos con el objetivo de acotar la definición de la “necesidad razonable”. Esto implica que las decisiones que se tomen con el apoyo de la mayoría y la oposición de algún socio minoritario tendrán que hacerse de la manera más escrupulosa y atendiendo hasta el último detalle. Es decir, debe tener una importancia de negocio tal que justifique que se desoiga la oposición de la minoría. En caso de no ser así la ley entiende que el acuerdo se adoptará con la intención de beneficiar a la mayoría, teniendo la sociedad que demostrar que no es así, es decir, le corresponde a la sociedad la carga de la prueba de la “necesidad razonable”. Creemos que no se ha cumplido con ninguno de estos requisitos, dado que una operación de tal envergadura tendría que ser justificada y planificada con mucho más tiempo. Además, se desoyó completamente la oposición de Greed Group en la junta de Newco, y en ningún caso se puede considerar que este acuerdo es “la alternativa menos gravosa para la minoría”.

Dado que estamos en un supuesto especial, el aumento de capital por compensación de créditos, éste reviste una serie de requisitos diferentes tal y como se recoge en el artículo 301 LSC:

*“1. Cuando el aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada se realice por compensación de créditos, éstos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles. Cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años.*

*2. Al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social.*

*3. En la sociedad anónima, al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá también a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que, acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores.*

*4. En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberá hacerse constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores y, en el caso de sociedades anónimas, la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.*

*5. El informe de los administradores y, en el caso de las sociedades anónimas, la certificación del auditor se incorporará a la escritura pública que documento la ejecución del aumento.”*

Tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008, como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2012, determinaron que existió abuso de los socios mayoritarios en la adopción de un acuerdo tras haber prestado dinero a la sociedad con la intención de aumentar posteriormente su participación en el capital sin que el resto de los socios minoritarios pudiera evitarlo.

Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 23 de noviembre de 2012 resolvió sobre una cuestión realmente similar en el que se pudo constatar que la última finalidad del aumento de capital por compensación de créditos fue perjudicar a la minoría. Los socios de esta sociedad tenían la política de afianzar determinadas obligaciones financieras hasta que debido a una serie de roces y discrepancias los socios minoritarios dejaron de participar de esta política. Se realizó entonces un aumento de capital sin dar la opción a los socios minoritarios a volver a participar en la financiación. Esta sentencia concluyó que: *“(...) 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, asegurándose de ello mediante la elección del mecanismo concreto (compensación de créditos otorgados por algunos de ellos) que privaría a aquéllos, en represalia por su conducta precedente, de cualquier posibilidad de poder participar en él, a diferencia del efecto que se siguió para los mayoritarios”*.

La Audiencia Provincial de Barcelona recogió en su sentencia de 21 de junio de 2013 lo siguiente: *“En el contexto del grupo apreciable en este caso, en el que una misma persona es socio mayoritario de control de todas las sociedades que lo integran, los socios externos al grupo de control, minoritarios de alguna de las filiales o sometidas, o de la dominante, pueden ver volatilizado el valor de su participación social, consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquéllos no participan, o en general de operaciones societarias intragrupo que originen un perjuicio a los intereses particulares de la sociedad dominada o sometida”*.

Por consiguiente, en el caso concreto del aumento de capital de Newco es manifiestamente claro que el acuerdo ha sido aprobado con abuso de la posición dominante y que en ningún caso se podrá alegar que ha existido una necesidad razonable para llevar a cabo dicha operación.

La sociedad Newco fue sido constituida para manejar la sociedad Habanera sin incurrir en costes fiscales, y la idea principal de esta Joint Venture es que tanto como Sigaar como Greed Group mantuvieran su participación y se repartieran los beneficios de las sinergias teniendo en cuenta sus porcentajes. Sin embargo, sin ni siquiera haber pasado medio año Sigaar ha conseguido a través de este aumento de capital reducir la participación de Greed Group de un 25% a un 5%. Actuando así de manera clara contra el plan establecido en el acuerdo de intenciones y plasmado en el contrato posterior.

Para que se hagan una idea de la magnitud de la operación recogemos los cálculos matemáticos que nos permitan conocer hasta que punto se ha aumentado el capital para conseguir diluir la participación de Greed Group en Newco.

Para calcular el impacto del aumento realizado por Sigaar en Newco será de aplicación la siguiente fórmula:

$$(0,75 * C + \Delta) / (C + \Delta) = 0,95$$

Donde C es el capital inicial y  $\Delta$  es el incremento, es decir el aumento.

Aterrizando esta fórmula teórica, para que nos arroje el resultado de cuanto ha aumentado porcentualmente el capital utilizaremos la siguiente fórmula:

$$(0,75+x) / (1+x) = 0,95$$

X = corresponde al aumento de capital

Mientras que 1 es el capital anterior al aumento

Esta fórmula arroja un resultado que corresponde al porcentaje que ha habido de incremento, y es un cálculo sencillo.

$$(0,75 + X) / (1 + X) = 0,95 \leftrightarrow 0,75 + X = 0,95 + 0,95 X \leftrightarrow 0,05 X = 0,2 \leftrightarrow X = 0,2 / 0,05 = 4$$

Es decir, para que el capital de Sigaar haya pasado del 75% al 95% y el de Greed Group haya disminuido de 25% a 5%, el aumento de capital ha sido del 400%.

Antes Sigaar contaba con el 0,75 sobre 1, ahora tiene 0,75 + 4 sobre un total de 5. La operación es de esta forma:  $4,75 / 5 = 0,95$

Teniendo en cuenta los hechos y argumentos recogidos en el presente escrito, resulta a todas luces imposible imaginar que tras la operación de aumento de capital llevada a cabo por Newco, haya una “necesidad razonable”. Queda claro que el objetivo fue tomar represalias contra Greed Group y diluir de manera abusiva su participación en la sociedad.

#### **SEXTO.- PROCEDIMIENTO**

Por disposición del art. 249.1. 3º de la LEC, el cauce procesal a seguir es el juicio declarativo ordinario: *“1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: (...) 3.º Las 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.”*

El juicio ordinario, sus fases procesales y requisitos legales se encuentran recogidos en los artículos 399 a 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **SÉPTIMO.- COSTAS PROCESALES**

Consideramos que es de aplicación el artículo 394.1 de la LEC, que establece que: *“1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.”*

Por lo tanto, una vez se haya dado respuesta a nuestras pretensiones y se hayan declarado nulos los acuerdos sociales, la parte demandada deberá ser condenada a pagar las costas que de este procedimiento se deriven.

Por lo expuesto, respetuosamente, en virtud de los anteriores hechos y fundamentos de derecho,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por presentada esta demanda, se sirva admitirla, se proceda a su correspondiente tramitación de juicio ordinario; se nos tenga por presentados en el procedimiento como representantes de la sociedad Greed Group, como parte demandante; y que se dé traslado a la sociedad Newco como parte demandada; y tras los trámites procesales oportunos, se dicte sentencia otorgando las siguientes peticiones:

1. Declare la anulación del acuerdo de aumento de capital adoptado por la Junta General Ordinaria de la entidad demandada, Newco.
2. Imponga a la demandada las costas del presente pleito.

**OTROSÍ PRIMERO DIGO**, que acuerde recibir el presente procedimiento a prueba, admita el medio de prueba propuesto y acuerde su práctica.

En Barcelona, a 29 de enero de 2021.

**Procurador**

D. Pedro Martín Cuenca

**Letrado**

D. Jorge Romero Monte

## **INFORME 2**

---

### **1. Contestación a la demanda**

El principal argumento que tendrán que esgrimir Newco en esta contestación a la demanda será que verdaderamente existió “necesidad razonable” que justifique el aumento de capital y sus nefastas consecuencias para Greed Group.

Esta operación societaria es difícil de ser defendida, dado que como ya hemos analizado en el primer informe, los aumentos de capital por compensación de créditos, son considerados especialmente perjudiciales para los socios minoritarios en favor de los mayoritarios. Dado que nosotros hemos defendido en nuestro escrito una verdadera opresión de la minoría en Newco y habiendo centrado nuestros argumentos en que el aumento de capital efectuado es sin duda una conducta abusiva por parte de la mayoría. Hemos utilizado como columna vertebral de nuestro escrito el artículo 204.1 LSC.

Newco tratará de desbaratar todos estos argumentos alegando que a la hora de realizar el aumento de capital no existió la voluntad de diluir la participación de Greed Group sino que se buscó en todo momento el bien de la sociedad reduciendo una deuda existente y acabando así con los posibles gastos que esta podría generar.

Otro argumento que podrían utilizar es que la adopción de este acuerdo no ha supuesto ningún perjuicio económico para la sociedad, sino más bien al contrario, ha contribuido a sanear su contabilidad. Como ya se ha analizado en el primer informe, que no produzca un perjuicio económico no supone que deje de ser un acuerdo de opresión de la minoría.

Pero todos sus esfuerzos tendrán que ser dirigidos a conseguir justificar que verdaderamente existió una “necesidad razonable”, que el objetivo del acuerdo fue mejorar la situación de la empresa, y que por tanto la dilución de la participación de Greed Group fue un daño colateral pero necesario.

---

### **2. Posible demanda por parte de Sigaar y Newco**

Otra posibilidad, teniendo en cuenta todo lo expuesto en el primer informe es que Sigaar interponga una demanda contra Greed Group y contra el Sr. Gekko. Podrían utilizar como argumentos las siguientes cuestiones.

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

Del análisis de los hechos se puede deducir que la estrategia que seguirá Sigaar será demandar a Greed Group por falseamiento de la contabilidad al valorar Habanera, dado que según el informe de su departamento de contabilidad el EBITDA que han calculado no fue el mismo que se utilizó para fijar el precio de las acciones. Por lo tanto, la acción que planteará Sigaar probablemente sea una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. La base de esta reclamación está en el contrato suscrito en fecha 20 de diciembre de 2019, y más

específicamente en la cláusula de declaraciones y garantías recogida en éste. Esta cláusula será analizada en mayor profundidad en un apartado posterior del presente informe.

El artículo 1101 del CC establece que: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*. La doctrina exige que además exista un daño real y efectivo y que sea resultado directo del incumplimiento, y que sea posible establecer una relación causal entre ambos como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1985. Otro precepto del Código Civil que es fundamental para la reclamación de daños es el 1091, éste recoge que: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”*. Los daños contractuales comprenden especialmente el **daño emergente** y el **lucro cesante**. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 recoge que: *“Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido declarando en numerosas Sentencias que el incumplimiento puede dar lugar «per se» a la indemnización, pero ello no significa que se haya abandonado la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía”*.

Existe jurisprudencia muy relevante para nuestro caso, dado que Sigaar en caso de demandar a Greed Group tienen la oportunidad de hacer una reclamación por una cantidad muy important. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019, resolvió un recurso de casación sobre una reclamación de daños en un caso de compraventa de empresas de la siguiente manera: *“(…) el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que trajesen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato, sin reflejo en la información facilitada a la adquirente. (...) no resulta procedente la aplicación en el presente caso de la doctrina del enriquecimiento injustificado”*.

Esta sentencia ha abierto una nueva vía interpretativa de las reclamaciones por ocultar información en las declaraciones y garantías, como las que se adoptaron en el acuerdo de intenciones como en el contrato, entre Greed Group y Sigaar. Es decir, la reclamación de cantidad no tiene como límite la cantidad pagada en la compraventa, sino que también se podrá reclamar la cantidad que obtendría la empresa compradora teniendo en cuenta la información facilitada por la empresa vendedora en la fase de negociación y en la firma del contrato. Eso sí, siempre y cuando se compruebe que dicha información verdaderamente era falsa. También se establece un límite dado que la parte compradora no podrá solicitar que se le indemnice con la cantidad total que esperaba de la operación, sino que siempre habrá que descontarle a ésta un porcentaje por el riesgo económico, que no es en ningún caso imputable al vendedor<sup>6</sup>.

Además, la indemnización correspondiente a la infracción de las declaraciones y garantías, será diferente según el daño que se haya causado. En el caso concreto que estamos analizando el daño tiene que ver con el precio de las acciones dado que Sigaar argumenta que el EBITDA utilizado para su cálculo no es correcto. Además, que el EBITDA sea menor no solo implica que Sigaar presuntamente ha pagado de más injustamente por las acciones, sino que la empresa no factura tanto como se pensaba, creando así un daño adicional. Es decir, si el departamento de Sigaar ha

---

<sup>6</sup> ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones. Editorial Edisofer. 14ª Edición. España 2011.

calculado un EBITDA menor, y el cálculo es correcto, esto implica o que el beneficio es menor o que las deudas, amortizaciones y depreciaciones son mayores. Ambas situaciones provocan una situación de menor beneficio económico para Sigaar.

Esto implica que no sólo podrá reclamar Sigaar el “sobreprecio” de las acciones, sino que también podrá exigirle que indemnice el daño adicional. Este es un supuesto que ha sido ratificado por numerosas sentencias, como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de mayo de 2016. Sin embargo, en estas sentencias también se han recogido una serie de supuestos en los que será más difícil solicitar este tipo de indemnizaciones, sobre todo en los casos en los que la empresa sea viable.

Hay un argumento muy sólido que podrá utilizar Greed Group a su favor para defenderse de estas acciones y es que esta sociedad no ha vendido a su filial y luego se ha desentendido, sino que se ha sometido a un contrato de joint venture y ha permanecido de manera directa en la empresa con una participación del 25% en Newco. Además, este argumento sirve también para defenderse del ataque en cuanto a la falsedad contable, dado que a Greed Group no le interesa engañar a su socio, sobre todo teniendo en cuenta que éste último es el socio mayoritario de Newco, con el riesgo que esto conlleva. Otro argumento a favor de Greed Group es que aportaron una Vendor's due diligence de la situación legal de Habanera. Que demuestra la buena voluntad de la empresa para embarcarse en la joint venture habiendo proporcionado toda la información, no solo eso, sino que aportaron informe de revisión financiera realizado por la firma de auditoría Pufosa, a petición de Sigaar. Además, la fórmula para calcular el precio multiplicando por ocho el EBITDA fue propuesta por Sigaar. Además, la auditoría de PUFOSA fue en cierta manera refrendada por el informe del experto independiente que hizo sobre las aportaciones no dinerarias (es decir, las acciones de Habanera).

---

## **2.2. Responsabilidad de administradores.**

Como consecuencia del análisis realizado en el apartado anterior del presente informe, es preciso analizar hasta qué punto los administradores de Habanera y Greed Group podrían ser responsables si la acusación de Sigaar fuese cierta. Tanto la Vendors Due Diligence como las cláusulas de manifestaciones y garantías incluidas en el acuerdo de intenciones y en el contrato, implican que Greed Group puede ser responsable de la falsedad de esta información. Esta falsedad será el argumento principal que podrá esgrimir Sigaar dado que implica un vicio en su consentimiento en la operación de compra de las acciones de Habanera y un potencial incumplimiento contractual.

Recalamos lo ya recogido en otros apartados, el EBITDA como criterio de evaluación fue escogido por Sigaar no por Greed Group, lo que a todas luces demuestra que la intención de esta última no fue el engaño en ningún caso. Quizás toda la responsabilidad que se le podría atribuir a Greed Group es por no haber recomendado otra forma a Sigaar para valorar las acciones dado que el EBITDA. Además, tanto el informe de auditoría de Pufosa como el informe del experto independiente sobre las acciones (actuando de acuerdo al artículo 67 LSC) ratifican que no existió de modo alguno engaño en el cálculo del EBITDA buscando un lucro desorbitado. No solo eso, sino que Sigaar eligió como criterio el EBITDA de un ejercicio que aún estaba por cerrarse, con la más que probable variación entre el resultado calculado en octubre y el de final de ejercicio.

A pesar de los sólidos argumentos con los que contamos para defender que en ningún caso existe falsedad contable, no está de más analizar que podría alegar Sigaar en una posible demanda. El artículo que escogerán para iniciar dicha acción será probablemente el 238 de la LSC. Esta acción de responsabilidad se tendrá que fundamentar en torno a los dos deberes principales de los administradores que les obligan con respecto a la sociedad: el deber de diligencia y el deber de lealtad. El primero, el deber de diligencia se encuentra recogido de manera muy general en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital. Este es un artículo que tiene una definición muy amplia e incluso de carácter subjetivo dado que no es posible achacar al administrador los malos resultados de la empresa a la que presta sus servicios<sup>7</sup>. La ley no pone la vara de medir en el éxito económico sino la *lex artis* del ordenado empresario, abriendo la posibilidad de que existan múltiples interpretaciones. Además, el artículo 226.1 LSC establece que: “(...), *el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado*”.

El segundo deber primordial de los administradores, el de lealtad, es aquel que obliga al administrador a anteponer siempre los intereses de la sociedad a los suyos propios en el desempeño de su cargo. El artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: “*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”. La ley establece en el artículo 228 LSC las obligaciones básicas que tienen los administradores. La más importante de toda esta lista es la obligación de abstenerse de actuar en una situación en la que se produzca un conflicto de intereses. Esta obligación se concreta en una serie de casos recogidos en el art. 229 LSC, aunque existe la posibilidad de obtener una dispensa por parte de la sociedad tal y como establece el art. 230 LSC. De manera general, el administrador deberá desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando siempre de buena fe y teniendo en cuenta cuál es el mejor interés de la sociedad, como recoge el ya citado art. 227.1 LSC. Esto implica que todas las conductas que sean contrarias lo exigido serán calificadas como desleales. Es importante tener en cuenta que el régimen del deber de lealtad es imperativo, de forma que ni siquiera los estatutos de la sociedad podrán permitir que el administrador sirva otros intereses que sean distintos de los de la propia sociedad, siempre y cuando no concurren los requisitos necesarios para obtener la ya mencionada dispensa.

Cuando se produzca una situación en la que es probable que se dé un conflicto de intereses el administrador deberá dar el correspondiente aviso y abstenerse de participar en la decisión o acuerdo. El deber de lealtad, vincula al administrador cuando realiza actos desempeñando su cargo y también en las operaciones en las que mantenga, por cuenta propia o de una persona vinculada, un conflicto de interés. El artículo 236 LSC recoge el régimen para las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad. En la ley se han establecido una serie de **actuaciones judiciales**, que están a disposición de la sociedad, para reaccionar contra los comportamientos que sean desleales por parte del administrador. Estos remedios procesales serán acumulables a la acción de responsabilidad que se podrá ejercer. Son remedios procesales que

---

<sup>7</sup> DÍAZ MORENO, A. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas). Gómez Acebo y Pombo, diciembre 2014.

pueden ser ejercitados con facilidad dado que no requieren la prueba del daño patrimonial causado por la conducta desleal<sup>8</sup>.

Por consiguiente, en caso de que la acción ejercitada por Sigaar contra el señor Gekko prosperase tendrá una serie de consecuencias jurídicas que es importante analizar. En caso de que efectivamente los administradores hubiesen actuado de manera contraria a las conductas descritas en los artículos anteriormente citados en el presente dictamen, serán responsables frente a la sociedad y terceros, tal y como establecen los artículos 238 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. En el art. 238 LSC se recoge que la sociedad podrá plantear acción social de responsabilidad previo acuerdo de la junta general a solicitud de cualquier socio, Greed Group podría, sin que sea necesario que conste en el orden del día. Dado que en este caso estaríamos frente a una acción que se fundamenta en el incumplimiento del deber de lealtad sería de aplicación este segundo párrafo. Además, de manera subsidiaria el artículo 241 LSC establece que: *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”*.

---

### 2.3. Aspectos societarios intragrupo

Se nos ha pedido que analicemos los aspectos societarios intragrupo, entendemos que la finalidad de este análisis es determinar de qué forma han quedado las relaciones entre las distintas sociedades tras el contrato de *Joint Venture*. El artículo en el que se fundamenta toda la doctrina sobre los grupos es el 42.1 del Código de Comercio, que recoge que: *“(…) Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: (...)”*. Dichas situaciones tienen que ver con poseer o poder disponer de la mayoría de los votos; o tener la capacidad o poder disponer de esta, de nombrar la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Examinando el contenido de dicho artículo, la definición de grupo será aplicable cuando existan varias sociedades constituyen una única unidad de decisión. Es decir, sociedades independientes jurídicamente hablando, pero dependientes entre sí económicamente, con un centro de decisión que tome las decisiones de manera conjunta, teniendo en cuenta las consecuencias y ventajas que pueden provocar en todas las sociedades del grupo. Es decir, los dos elementos característicos del grupo de sociedades son que exista interdependencia económica entre las sociedades y que estas tengan unidad de decisión. Por lo tanto, tras haber concluido las fases de la operación, para Sigaar tanto Newco como Habanera serán consideradas como sociedades de su grupo dado que tiene cumple con todos los requisitos recogidos en el 42 del CCom. Esto es importante a la hora de analizar jurídicamente todas las consecuencias que tendrá para Sigaar esta relación. Existen más criterios para determinar si es un grupo de sociedades, que se suelen utilizar en los casos dudosos, como, por ejemplo: si tienen participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad, o si cuentan con capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras de la

---

<sup>8</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (3º Ed), España, Wolters Kluwer.

misma. Como en este caso está claro que tanto Newco como Habanera han pasado a ser parte del grupo Sigaar, no hace falta entrar a analizar más en profundidad esta cuestión<sup>9</sup>.

---

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

Se nos ha informado de que a principios del mes de mayo Sigaar despojó al Sr. Gekko de sus funciones de gestión en Newco alegando que no actuaba de manera diligente en la creación de un canal de distribución online de los productos de la empresa para evitar el hundimiento de las ventas por la crisis sanitaria. Además, otro de los argumentos utilizados por Sigaar, es que sospechaban de que Sr. Gekko estuviese montando una empresa paralela a la que estaría desviando clientela.

Para analizar si estas acusaciones, en caso de ser ciertas, serían una infracción de competencia es necesario acudir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante “LCD”), que en su artículo 2 recoge que: *“Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales”*. La LCD además dispone en su artículo 4.1 una cláusula general para dilucidar si las conductas son o no de competencia desleal, este precepto dice así: *“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*. Este artículo sirve para recoger todos aquellos casos en los que existe competencia desleal y no se encuentran tipificados en la dicha ley, como, por ejemplo: los actos de engaño, los actos de confusión, las omisiones engañosas, las prácticas agresivas, los actos de denigración, y un largo etcétera.

Este artículo ha sido interpretado en numerosas ocasiones a través de sentencias, como por ejemplo la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2012, que recoge que se pueden encuadrar en este artículo los actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, los supuestos de utilización de prestaciones o resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento que no se encuentren protegidos por un derecho de exclusiva. Dentro del género de la exclusiva se encuentran los actos de captación de clientela. En principio la captación de clientela no es por sí misma un acto de competencia desleal, se convierte en tal cuando se utiliza la ventaja de ser parte de una empresa y buscar el beneficio propio utilizando la infraestructura de ésta. El artículo 14.1 LCD precisa que: *“Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”*. En el segundo apartado de este artículo recoge que dicha inducción cuando se haya terminado el contrato no será desleal si no tiene por objeto la difusión de un secreto empresarial, o si existe engaño, intención de eliminar a un competidor, etc.

Volviendo al caso analizado, si el Sr. Gekko verdaderamente está montando un negocio paralelo y desviando a éste la clientela, sin duda está cometiendo un acto de competencia desleal, por lo que Sigaar podría intentar plantear alguna de las acciones judiciales recogidas en el artículo 32 LCD. Por lo que Newco podría demandar al Sr. Gekko para reclamarle daños y perjuicios por su

---

<sup>9</sup> BROSETA PONT, M. Manual de derecho mercantil / Manuel Broseta Pont; Fernando Martínez Sanz. (2019) Edición: 26ª ed. Editorial: Madrid: Tecnos, 2019.

conducta desleal. Existe la posibilidad, lo desconocemos, de que esta prohibición de captar clientela esté recogida de manera expresa en su contrato por lo que se trataría de un incumplimiento contractual y no un acto de competencia desleal, tal y como se dispuso en la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 18 de junio de 2012. A modo de conclusión, consideramos que los argumentos esgrimidos por Sigaar no cuentan con un respaldo documental, por lo que será difícil que estas acciones judiciales terminen prosperando.

---

## **2.5. Responsabilidad de la firma de auditoría.**

La responsabilidad de los auditores es una acción muy ejercitada en los últimos años dado que una auditoría realizada de manera tramposa puede tener graves consecuencias empresariales que se traduzcan en pérdidas de millones de euros. La labor de los auditores consiste esencialmente en verificar las cuentas de las empresas y su correcto comportamiento financiero, se entiende que la responsabilidad que tienen es intrínseca a su desempeño. El objetivo final de las auditorías es reflejar la situación real de las empresas, si no se consigue, por error o por falseamiento, se puede reclamar una responsabilidad a la firma de auditoría.

La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante “LAC”) recoge en su artículo 26 cuál es la responsabilidad civil que puede derivarse de auditoría. En su primer párrafo establece que: *“Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo”*. Esta responsabilidad se entenderá, como indica el mencionado artículo, según los parámetros recogidos en el Código Civil, es decir, tendrá que ser contrario a la ley, que haya habido dolo o culpa en la conducta de la auditoría, que exista un daño cierto a la sociedad o a un tercero, y que exista un nexo causal entre la conducta y el daño. Con relación a la limitación de la responsabilidad del auditor, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 recoge que: *“(…) la obligación del auditor no alcanza a detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores sino solo aquellos que una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto”*.

Esto implica que no cualquier error que se cometa podrá ser objeto de posterior responsabilidad. Será necesario que concurren los distintos requisitos legales. Además, la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría es posible exigirla siempre de forma proporcional y directa a los daños causados. Podrá ser contractual, si la exige la propia sociedad que ha contratado este servicio, o extracontractual, cuando la exijan los socios o terceros afectados. Esto está establecido en el art. 26.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, que recoge que dicha responsabilidad es: *“(…) exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero”*. Define de manera muy clara que lo que deberán acreditar los afectados que actuaron: *“(…) tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión*. La ley recoge que la responsabilidad civil podrá ser exigida de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros. Pero también recoge que cuando la: *“(…) auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre*

*de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente (...)*". El último apartado de este artículo recoge que el plazo para exigir la responsabilidad contractual tanto del auditor como de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde que se realizó, publicó, el informe de auditoría<sup>10</sup>.

Así pues, la responsabilidad de los auditores se entiende que puede ser tanto contractual como extracontractual. La primera se fundamentará en que al contratar a un auditor éste se compromete a cumplir con una serie de obligaciones legales inherentes a su prestación del servicio, que sería el caso de Greed Group. Mientras que también se podrá solicitar responsabilidad civil extracontractual dado que debido a su incumplimiento de la *lex artis* de la auditoría acarrea una serie de consecuencias negativas contra el interés general dado que afecta negativamente a terceros que no se encuentran dentro de la relación contractual como, por ejemplo: accionistas, inversores, etc. Este sería el caso de Sigaar.

Una vez analizado que es posible ejercer acción de responsabilidad tanto contra la empresa auditora como contra los empleados que han realizado el informe. Lo siguiente a analizar es que la responsabilidad se rige con los criterios generales previstos en el Código Civil, en sus artículos 1089, 1093 y 1902.

Por lo tanto, es necesario que la actuación de los auditores sea contraria a la normativa; que exista voluntariedad por parte del auditor, que exista un daño cierto que sea consecuencia de su acción (u omisión). Por lo tanto, si el auditor ha actuado de una forma que se considera normal y adecuada de las funciones de auditoría el posterior daño económico no debería haberse producido. La reclamación de daños que se les hará será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que hubiesen causado en el ejercicio de su actividad.

Además de esta acción de responsabilidad la Ley de Auditoría de Cuentas recoge en su Título III una serie de sanciones adicionales para este tipo de supuestos. El artículo 68 de esta norma atribuye la potestad administrativa sancionador al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante "ICAC"). El artículo 71 recoge el régimen sancionador se recogen tres tipos de infracciones: leves (artículo 74), graves (artículo 73) y muy graves (artículo 72).

Por último, es importante volver a recalcar que la finalidad de la auditoría no es descubrir las posibles trampas contables que haya perpetrado la compañía auditada, sino que el auditor debe poner de relieve estas trampas siempre y cuando sea razonablemente posible a través de una adecuada labor técnica de comprobación de la información contable de la sociedad. Es decir, no se les podrá hacer responsables del falseamiento de las cuentas que hayan cometido en el seno de la sociedad a no ser que al realizar la auditoría no lo hubiese hecho de acuerdo a su *lex artis*, como recogen varias sentencias como la del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008.

Una vez analizada la teoría sobre la posible responsabilidad de los auditores y de PUFOSA cabe realizar un análisis sobre la gestión de estos y si verdaderamente han actuado de manera correcta al realizar su informe. Lo primero, esta norma es de aplicación dado que se recoge en los hechos que PUFOSA en su informe analizó "*(...) los estados contables y las principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019*", lo que implica que según el artículo 1.2 de la LAC, ésta es de aplicación.

---

<sup>10</sup> VICENT CHULIÁ, F. Introducción al derecho mercantil. Tirant Lo Blanch, 2010.

Sin embargo, hay un error difícil de justificar en el informe de PUFOSA, que ya hemos analizado, que es realizar el análisis sobre un ejercicio que está por cerrar, quedaban dos meses de 2019 cuando realizaron su auditoría. Los datos de un ejercicio cerrado serán siempre muchísimo más fiables que los datos de un ejercicio sin cerrar a pesar de que en este último se recoja una previsión de los dos meses restantes. La parte contraria, es decir, Sigaar, fue quien eligió a PUFOSA para realizar este análisis, pero sin embargo fue Greed Group quién aportó el informe. Por lo que Sigaar podrían reclamar responsabilidad extracontractual por este hecho, y podríamos alegar que el error de analizar el ejercicio de 2019 se debe a que así lo eligió Sigaar. La acción de Sigaar podría incluir con litisconsorcio pasivo a Greed Group, si se demuestra que verdaderamente falseó las cuentas para obtener un beneficio mayor en la operación, esta forma de repartir los daños ha sido utilizada en numerosas sentencias como en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014. Según el artículo 1902 CC tendrán el plazo de un año para ejercer esta acción.

No obstante, el verdadero problema en este caso concreto no está en que PUFOSA realizase su informe sobre un ejercicio sin cerrar, sino en la elección que hizo Sigaar para determinar el precio de Habanera, que fue ofrecer un precio por las acciones de Habanera (el 75% de su capital social) ocho veces su EBITDA, que en lo que iba de 2019 ascendía a 972.222 euros. No entraremos a valorar más en profundidad esta elección dado que consideramos que es un análisis que compete a expertos financieros. Además, el informe emitido por el experto independiente respalda los datos recogidos por PUFOSA tras su auditoría, lo que implica que será más difícil para Sigaar reclamar la responsabilidad extracontractual de la auditora<sup>11</sup>.

---

## 2.6. Conclusiones de las posibles demandas

Teniendo en cuenta el análisis realizado en este segundo informe, Sigaar podrá plantear las siguientes acciones:

Contra el señor Gekko podrían plantear una acción individual de responsabilidad de los administradores, artículo 241 LSC, haciéndole responsable de la presunta falsedad contable que ha provocado que el cálculo del EBITDA que ha realizado Sigaar haya arrojado un resultado completamente diferente al que se utilizó para calcular el precio de las acciones de Habanera. Además, podrían reclamarle un incumplimiento contractual por no actuar diligentemente para establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa. Y, por último, podrían reclamarle responsabilidad por una conducta desleal al estar, presuntamente, desviando clientela hacia otra nueva empresa.

Por otro lado, contra Greed Group, podrían ejercer una acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, fundamentando dicha acción en que esta sociedad no ha cumplido con la cláusula de manifestaciones y garantías que fue recogida en los contratos de fecha 20 de diciembre de 2020 con una vigencia de 12 meses, y aseguraban que los estados contables y financieros de Habanera eran veraces. Se han recogido en el primer informe cuáles serían las formas de cuantificar estos daños y qué estrategias podrían seguirse para defenderse.

Sería de aplicación la cláusula de sumisión expresa, y el tipo de procedimiento suponemos que será el ordinario, aunque dependerá de la cuantía que se reclame en cada caso.

---

<sup>11</sup> MARTEL, P. Manual de contabilidad para juristas: Funcionamiento, análisis y valoración de empresas, dirección de prácticas perniciosas y relación con las distintas áreas de derecho. Wolters Kluwers, edición ebook.

## **NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA**

### **Leyes utilizadas:**

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (LEC)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (LDC)
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. (LCD)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (LSC)
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. (CCom)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (CC)
- La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (LAC)
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (LOPJ)

### **Doctrina citada:**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1985.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de mayo de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 18 de junio de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2012
- Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de marzo de 2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de marzo de 2019.
- Sentencia de 24 de mayo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo 24 de mayo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999.

- Sentencia del TS de 3 de junio de 1998.
  - Sentencia del TS de 11 de abril del 2000.
  - Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008.
  - Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2007.
  - Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008.
  - Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2012.
- 

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALBADALEJO, Manuel. Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones. Editorial Edisofer. 14ª Edición. España 2011.
- BROSETA PONT, M. Manual de derecho mercantil / Manuel Broseta Pont; Fernando Martínez Sanz. (2019) Edición: 26ª ed. Editorial: Madrid: Tecnos, 2019.
- DÍAZ MORENO, A. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas). Gómez Acebo y Pombo, diciembre 2014.
- JIMÉNEZ CONDE, F. GARCÍA ROSTÁN, G. TOMÁS, S. Manual de derecho procesal civil. Editorial DM. 2019
- JIMÉNEZ CONDE, F. GARCÍA ROSTÁN, G. TOMÁS, S. Manual de derecho procesal civil. Editorial DM. 2019
- MARTEL, P. Manual de contabilidad para juristas: Funcionamiento, análisis y valoración de empresas, dirección de prácticas perniciosas y relación con las distintas áreas de derecho. Wolters Kluwers, edición ebook.
- MENÉNDEZ, Aurelio. ROJO, Ángel. Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I. Editorial Thomson Reuters. 13ª Edición. Navarra, 2015.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. El abuso de posición de dominio: imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos. Artículos 291 y 292. Ed. Tecnos. Madrid. 2001.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de derecho mercantil. 20ªEd. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1997.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Informe de los Administradores y de los expertos independientes, volumen I, 2009.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (3º Ed), España, Wolters Kluwer.
- VICENT CHULIÁ, F. Introducción al derecho mercantil. Tirant Lo Blanch, 2010.
-