



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE DERECHO DE EMPRESA

Autor: Idoia Muñiz López de Goicoechea

Tutor: Fernando Igartua Arregui

Madrid

11 de enero de 2021

ÍNDICE

I. BREVE EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

II. INFORME SOBRE LAS DISTINTAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS A CONSIDERAR

A. Cuestiones procesales

- (i) *Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas*
- (ii) *Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa*
- (iii) *Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo*
- (iv) *Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC*
- (v) *Proposición de prueba y medios de prueba*

B. Cuestiones materiales

- (i) *Alternativas estratégicas de Greed Group*
- (ii) *Alternativas estratégicas de la parte contraria, Sigaar*

C. Otras cuestiones a considerar

- (i) *Mancomunidad y solidaridad de los administradores*
- (ii) *Valoración de la Joint Venture*
- (iii) *Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos*
- (iv) *Valor probatorio de los correos electrónicos*
- (v) *Utilización de doctrina y jurisprudencia relevante*
- (vi) *Pautas para una valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados*

III. ESCRITO DE DEMANDA INICIAL DE ACUERDO CON LA DECISIÓN ESTRATÉGICA ELEGIDA

IV. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN Y POSIBLE RECONVENCIÓN

I. BREVE EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

Greed Group, S.A. (en adelante, “**Greed Group**”) es una sociedad española matriz de un importante grupo empresarial con filiales en Estado Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, Las Islas Caimán y España, dedicada a la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, entre los que destacan productos como la gomina, la confección de trajes, esmóquines y fracs, así como la prestación de servicios de coctelería internacional.

Desde el año 2018, el grupo ha venido experimentando ciertas dificultades de liquidez, lo que ha llevado al Sr. Gekko, presidente del Consejo de Administración de la sociedad, a buscar potenciales inversores que se incorporen al accionariado de las distintas filiales del grupo.

Entre estas filiales destaca la mercantil Habanera, S.A.U. (en adelante, “**Habanera**”), sociedad española dedicada a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba.

De entre todas las propuestas recibidas, la que mayor interés ha suscitado es la presentada por la sociedad holandesa Sigaar, BV (en adelante, “**Sigaar**”) dedicada a la fabricación de cigarros holandeses, e interesada en ampliar su red comercial y de negocio mediante la adquisición de una participación mayoritaria en Habanera.

Es por ello que el Sr. Gekko y el Sr. Bud Fox, en representación de Greed Group y Sigaar, respectivamente, acuerdan la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“**Newco**”), que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera.

Para que Sigaar presentase su oferta económica, Greed Group puso a su disposición un informe de revisión jurídica realizado por los abogados internos de Greed Group que reflejaba la situación legal de la compañía. Junto a este informe, se presentaba, asimismo, un informe de revisión financiera elaborado por Pufosa Asesores Financieros, firma de auditoría elegida por Sigaar para analizar los estados contables y principales ratios económicos y financieros de Habanera a 31 de octubre de 2019.

Con base en estos documentos, principalmente en el informe de revisión financiera elaborado por Pufosa Asesores Financieros, Sigaar ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 €.

En fecha 15 de noviembre de 2019, las partes firmaron un acuerdo de intenciones en el que se recogían los términos esenciales de la operación, formalizando en fecha 20 de diciembre de ese mismo año, conforme a lo previsto en el acuerdo de intenciones, los contratos finales de la operación. Estos contratos contenían declaraciones y garantías por parte de Greed Group con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Es así como Newco queda configurada como una sociedad anónima con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona (CP 08019).

Posteriormente, en fecha 10 de marzo de 2020, se reúnen en Miami Beach los representantes de ambas sociedades. En este encuentro, el Sr. Fox pone de manifiesto que, tras la toma de participación en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, aumentando en consecuencia el precio de sus acciones. En este sentido, el Sr. Fox enseña un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar que arroja un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 €.

Tras esta reunión, la tensión entre las partes aumentaba día a día. Prueba de ello es el cruce de emails subidos de tono entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox en los que el primero reiteraba que no va a consentir las acusaciones vertidas contra Greed Group.

En fecha 27 de abril de 2020, la Junta General Extraordinaria de Newco adopta, entre otros, dos importantes acuerdos: (i) la destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roits; y, (ii) el aumento de capital por compensación de un crédito de Sigaar. En el acta de esta junta queda reflejada la adopción del acuerdo de ampliación de capital con el voto en contra del accionista minoritario de Newco, Greed Group, por considerar abusivo el acuerdo, diluyendo la participación de este último del 25% al 5% del capital social.

Tras la celebración de esta junta, ligada a ello la crisis económica en la que se vio sumida la sociedad, la crispación entre las partes aumentó todavía más. Es por ello que Sigaar toma la decisión de despojar al Sr. Gekko de su gestión en Newco, con base en la sospecha de estar desviando clientela para montar un negocio paralelo, así como su falta de diligencia en la gestión del negocio.

II. INFORME SOBRE LAS DIVERSAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS A CONSIDERAR

Una vez analizados los hechos acaecidos en el presente caso, detallamos a continuación las distintas cuestiones procesales que nuestro cliente, el Sr. Gekko, en representación de Greed Group, debe tener en cuenta a la hora de iniciar acciones judiciales. Asimismo, exponemos las distintas alternativas susceptibles de ser alegadas por nuestra parte y los argumentos para neutralizar las acciones de la parte contraria, los señores Fox y Roist, en representación de Sigaar.

A. Cuestiones procesales

(i) *Posibilidad de pedir medidas cautelares y de oponerse a ellas*

En fecha 27 de abril de 2020 tuvo lugar la junta general extraordinaria de Newco en la que se adoptó, entre otros acuerdos, el aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar. Ampliación que supuso el aumento de la participación de Sigaar en Newco, de un 75% a un 95%, con la consiguiente dilución de la participación de Greed Group en el capital, pasando de un 25% a un 5%.

Teniendo en cuenta esto, con base en la idea de que la finalidad última de la solicitud de medidas cautelares es asegurar el cumplimiento y la efectividad de la sentencia, tal y como recogen los artículos 730 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “**LEC**”), la medida cautelar que proponemos solicitar es la medida cautelar de suspensión de la eficacia de los acuerdos adoptados en la junta, es decir, la medida cautelar de suspensión de la junta general extraordinaria de Newco celebrada el día 27 de abril de 2020.

Para la adopción de medidas cautelares, dada las consecuencias gravosas asociadas a las mismas, resulta necesario el cumplimiento de los requisitos fijados por el artículo 728 LEC.

Pues bien, este precepto normativo recoge tres requisitos a cumplir de manera cumulativa y nunca alternativa. Estos requisitos son: (i) *periculum in mora* o peligro de la mora procesal; (ii) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho; y, como tercer y último requisito, (iii) la prestación de una caución como garantía para la adopción de la medida cautelar.

El primero de los requisitos, *periculum in mora* o peligro de la mora procesal¹ se configura, tal y como expuso con claridad el Auto del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002 (RJ 2002\7788) como:

“La existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro”.

¹ Artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 26 de octubre de 2015 (JUR 2016\9233), explica esta característica exigiendo que exista:

“un riesgo racionalmente previsible, con carácter objetivo, de que la parte demandada pudiera aprovecharse de la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial que podría otorgarle (al actor) la sentencia resolutoria de la contienda, o bien que se prevea el advenimiento de situaciones concretas susceptibles de ocasionar impedimento o dificultad a la efectividad de lo pretendido en el procedimiento principal”

En aplicación de lo dispuesto por la jurisprudencia a cerca de este primer requisito al presente caso, entendemos que se cumple el mismo, ya que, de lo contrario, se procedería a la ejecución del acuerdo de ampliación de capital, con la consiguiente dilución de la participación de Greed Group en Newco.

El segundo de los requisitos es el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho². Para la apreciación de este requisito basta con que el solicitante de la pretensión, es decir, de la medida cautelar proporcione al órgano judicial elementos bastantes de los que resulte, al menos *prima facie* posible la existencia del derecho que se alega.

En el presente caso, se observa que efectivamente el acuerdo de ampliación perjudica los intereses del socio minoritario y no responde a una necesidad razonable de la sociedad, por lo que procede la impugnación del acuerdo social por abusivo, *ex* artículo 204.1, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital³ (en adelante, “LSC”). La apariencia de buen derecho se basa, por tanto, en un juicio de verosimilitud situado entre la certeza de obtener la pretensión que se solicita y la incertidumbre del proceso. El cumplimiento de este segundo requisito se aborda con mayor detalle en el escrito de demanda.

El último de los requisitos a abordar es el de la prestación de una caución como garantía para la adopción de la medida cautelar. En cuanto a este requisito hemos de hacer hincapié en su importancia, ya que, ni si quiera en situaciones de alta urgencia se puede prescindir de su aplicación. Por esta razón, Greed Group deberá prestar la correspondiente caución para alcanzar la medida cautelar solicitada de suspensión de la junta general extraordinaria de Newco.

En cuanto a la apreciación de esta medida cautelar, existe la posibilidad, entendida esta como excepción desde el punto de vista teórico, aunque lo cierto es que en la práctica es lo habitual, de que el Tribunal aprecie y estime las razones de urgencia alegadas por parte del solicitante. Apreciación que implica la adopción de la medida *in audita parte*, es decir, sin trámite de audiencia. Nuestra recomendación es proceder de esta manera en la solicitud de la medida cautelar. En este sentido, hemos de hacer hincapié en que contra el auto que lo resuelva no cabe recurso, pero si oposición, en cumplimiento de los artículos 739 y ss LEC.

Por último, determinar que en el supuesto de que el Tribunal finalmente denegase la adopción de la medida cautelar solicitada, esta decisión podrá ser recurrida únicamente en apelación.

² Artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

(ii) Competencia y jurisdicción atendiendo a la cláusula de sumisión expresa

Los contratos formalizados entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox el día 20 de diciembre de 2019 contienen, entre otras disposiciones, una cláusula de sumisión expresa por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarán ante los Juzgados y Tribunales de Valencia. Se refiere a las controversias relativas a los contratos, ya que, para la impugnación de acuerdos sociales, como se verá más adelante, el foro es imperativo.

Procedemos, entonces, a analizar en este punto la validez de esta cláusula y su verdadera vinculación sobre las partes.

Se entiende acuerdo de sumisión expresa aquel “*pacto entre las partes de una concreta relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir, como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes*”⁴

Para analizar la validez de la cláusula de sumisión expresa acordada entre las partes, nos remitimos al Reglamento de Bruselas I-bis (en adelante, “**RB I-Bis**”) que en su artículo 25 recoge la posibilidad de las partes de fijar la sumisión expresa a un foro concreto. La determinación concreta de un foro presenta principalmente dos ventajas: (i) la unidad jurisdiccional de los litigios; y, (ii) una mayor seguridad jurídica en las operaciones.

Pues bien, este precepto normativo recoge para la validez de esta cláusula la necesaria concurrencia de tres requisitos: (i) un requisito de validez procesal; (ii) un requisito de validez formal; y, por último, (iii) un requisito de validez sustancial.

El primero de ellos, el requisito de validez procesal exige: (i) la existencia de un verdadero acuerdo entre las partes por el que se atribuya la competencia concreta para conocer del litigio a unos tribunales; (ii) que estos tribunales sean de un Estado miembro; (iii) que la controversia sea de carácter internacional; (iv) que la materia sea contenciosa y no voluntaria; (v) que el acuerdo no verse sobre materias exclusivas de los Estados miembros, y, por último, (vi) que la cláusula de sumisión expresa se refiera a los posibles litigios que pudieran surgir.

Desde el punto de vista de la exigencia procesal, la cláusula de sumisión expresa que analizamos cumple con los requisitos fijados, ya que atribuye la competencia para conocer del litigio a los Tribunales de Valencia, en España. La controversia es de carácter internacional, puesto que las partes firmantes pertenecen a distintos Estados miembros, Sigaar a Holanda y Greed Group a España. Y, por último, porque la controversia no versa sobre una materia indisponible o sometida a la jurisdicción voluntaria.

El siguiente de los requisitos que procede analizar es el requisito de la validez formal. En este sentido, se exige que la cláusula cumpla con una forma *ad solemnitatem*, es decir, que el acuerdo por el que se atribuye competencia a unos tribunales concretos se acuerde: (i) de forma verbal o escrita, pero siempre con confirmación escrita; (ii) que esta

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008.

forma entre dentro de lo considerado como habitual entre las partes; y, por último, (iii) que esta forma sea habitual y conocida en el comercio internacional.

En cuanto a los requisitos formales, parece claro que la cláusula cumple igualmente todos y cada uno de ellos al formalizarse por escrito.

Por último, el RB-I Bis habla de un requisito de validez sustancial basado en la capacidad y el consentimiento de las partes para pactar la sumisión expresa. Esta capacidad y consentimiento vendrá regida por las normas del Estado miembro de los tribunales escogidos, siendo, asimismo, de aplicación sus normas de conflicto. Es nuestro caso, la ley aplicable será la española, es decir, la LEC y el Cc. De los hechos, nada hace dudar de la capacidad y el consentimiento de las partes.

Declaramos, por tanto, la validez de la cláusula de sumisión expresa y la obligación, tanto de Gekko, como de Sigaar de iniciar acciones judiciales antes estos tribunales. Ahora bien, ¿qué ocurre si alguna de las partes incumple?

No se trata de una cuestión pacífica, en este sentido podemos encontrar dos corrientes doctrinales al respecto, una que entiende que la cláusula de sumisión expresa se trata de un acuerdo atributivo de competencia, es decir, de un contrato, por lo que la parte perjudicada por la interposición de la demanda ante otros tribunales estaría legitimada para exigir daños y perjuicios por incumplimiento contractual, tal y como recoge el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de enero de 2009. Y, otro sector doctrinal que considera que los efectos de su incumplimiento deberían ser estrictamente procesales, declarando el tribunal ante el que se inicia la acción su incompetencia.

(iii) *Justificación de la legitimación activa y pasiva de las partes y posibilidad de litisconsorcio pasivo*

La legitimación, ya sea activa o pasiva, proviene de la relación del sujeto del proceso con el derecho material que se ejercita en él y está relacionada con la idea de la capacidad. Ahora bien, mientras que la capacidad define las condiciones generales para intervenir en el proceso, la legitimación fija las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto con base en el derecho material que se quiere ejercitar.

Pues bien, la legitimación activa corresponde al demandante, mientras que la legitimación pasiva corresponde a la parte demandada del proceso. Este concepto lo define la LEC, en su artículo 10, que dice así: “*serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica y objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”.

La legitimación activa debe ser acreditada por el demandante en su escrito con la finalidad de ejercer el derecho que se desea hacer valer en juicio. En este sentido, cabe hacer hincapié en que, de acuerdo con lo que recoge el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre las cuales se encuentra la Sentencia de 31 de mayo de 2006 (Rec. 3297/1999), en el supuesto de no poder probar la correspondiente legitimación activa que se ostenta para ejercitar un derecho concreto, esta ausencia hace decaer el ejercicio de la acción. Junto a la legitimación activa, resulta, asimismo, conveniente asegurarse de que la parte demandada ostenta, por su parte, legitimación pasiva.

Acreditada la legitimación activa, corresponde al demandante, en caso de considerar que no existe realmente esta legitimación, manifestarlo en su escrito de contestación a la demanda y demostrarlo posteriormente, bien en la audiencia previa o en juicio⁵, ex arts. 418 y 443 LEC.

Analizados, en términos generales, los conceptos de legitimación activa y pasiva, corresponde abordar a continuación el concepto de litisconsorcio pasivo necesario. El litisconsorcio pasivo necesario tiene lugar cuando se constituye irregularmente el litigio, ya que la demanda se dirige contra sujetos distintos de los que obligatoriamente deberían ser demandados. La falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye un defecto procesal que tiene un doble objetivo: (i) evitar que una resolución judicial puede afectar a quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio; y, (ii) evitar resoluciones contradictorias.

En el caso que analizamos en el presente informe, Greed Group ostenta legitimación activa para impugnar el correspondiente acuerdo social de acuerdo con el artículo 206.1 LSC, ya que (i) ostenta la condición de socio con anterioridad a la adopción del acuerdo y (ii) dispone del % de participación necesario en el capital (con anterioridad y posterioridad a la adopción del acuerdo, un % del capital social superior al límite del 1% fijado por la normativa).

(iv) Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC

El procedimiento a seguir en el presente caso será el del juicio ordinario de conformidad con el artículo 249.3 LEC que recoge que se decidirá en juicio ordinario, entre otras, “*las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales*”.

(v) Proposición de pruebas y medios de prueba

La proposición de pruebas y medios de prueba se recoge en la LEC, ex artículos 299 y ss. La proposición de pruebas y medios de prueba se constituye como el medio de defensa que ostenta cada una de las partes para defender su posición en juicio, es decir, para defender su derecho.

En defensa de nuestra parte, el Sr. Gekko, que alega como se verá en adelante en el escrito de demanda, la falta de necesidad razonable para acordar el aumento de capital por compensación del crédito de Sigaar, consideramos ajustado solicitar un informe pericial, de conformidad con el artículo 299.1.4^a LEC que acredite esa falta de necesidad que exige el artículo 204.1, párrafo segundo, LSC.

B. Cuestiones materiales

(i) Alternativas estratégicas de Greed Group

Exponemos a continuación las distintas alternativas estratégicas susceptibles de ser alegadas por mi cliente en contra de los señores Fox y Roist, en representación de Sigaar.

⁵ Artículos 418 y 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. Responsabilidad de la firma de auditoría

La profesión del auditor es una profesión de alto riesgo expuesta a todo tipo de responsabilidad: civil, penal y administrativa.

En el caso que analizamos, Pufosa Asesores Financieros es la firma de auditoría que lleva a cabo la elaboración del informe de revisión financiera de los estados contables y principales ratios económicos y financieros de Habanera, a partir del cual Sigaar ofrece un importe determinado en pago de las acciones correspondientes a la sociedad.

Ahora bien, con posterioridad al pago de las acciones, Sigaar descubre la existencia de irregularidades contables en los estados financieros de Habanera que acredita mediante un informe financiero de parte realizado por su departamento contable.

Con base en estos hechos, la estrategia a seguir por Greed Group será: (i) en el caso de ser demandado, intentar traer a Pufosa Asesores Financieros al proceso alegando que si hay alguien responsable ese alguien es Pufosa; y, (ii) ante esta negativa, en el caso de ser finalmente condenados, ir en contra de la firma auditora a través de las distintas acciones que exponemos a continuación.

Previo al análisis de estas, hemos de hacer hincapié en que Pufosa Asesores Financieros no realiza propiamente un informe de auditoría, sino un informe de revisión financiera que, si bien será concreto, no alcanza el nivel de precisión que le es exigido a una auditoría de cuentas. Ahora bien, considero que es posible argumentar que la responsabilidad de Pufosa se rige de forma parecida o análoga a la de la firma de auditoría de la sociedad, a excepción de la responsabilidad administrativa.

Es por ello que abordamos, a continuación, la responsabilidad civil y penal derivada de la profesión de auditor.

Comenzamos nuestro análisis con la responsabilidad civil del auditor. La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en lo sucesivo, “LAC”), recoge en su artículo 26 que: *“los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, en las particularidades establecidas en este artículo”*. Es por ello que, esta responsabilidad civil del auditor se desdobra a su vez en dos tipos: (i) responsabilidad civil contractual⁶; y, (ii) responsabilidad civil extracontractual⁷.

La responsabilidad civil contractual se fija con base en las obligaciones legales que surgen del contrato de prestación de servicios firmado por el auditor y engloba, por tanto, a las partes firmantes del correspondiente acuerdo. Mientras que la responsabilidad civil extracontractual surge del incumplimiento de las normas que constituyen la *lex artis* de la auditoría, con base en el interés general del que goza esta disciplina, exigibles frente a terceros con los cuales el auditor no ostenta ningún tipo de relación contractual.

⁶ Artículo 1.101 del Código Civil.

⁷ Artículo 1.902 del Código Civil.

En nuestro caso, Pufosa Asesores Financieros ha contraído efectivamente con Sigaar mediante contrato la obligación de revisar las cuentas de Habanera. No obstante, esta relación contractual se establece entre Sigaar y Pufosa, no entre Greed Group y Pufosa, por lo que la responsabilidad civil que cabría exigir por parte de Greed Group es la responsabilidad de tipo extracontractual del auditor.

Esto es así porque, de acuerdo con lo que recoge la LAC en su artículo 26.2 “*la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero*” siendo Greed Group, concretamente su filial Habanera, la entidad auditada.

Ahora bien, para poder exigir esta responsabilidad a Pufosa, es necesario que concurran, tal y como recoge la doctrina⁸, los siguientes requisitos:

“(i) una actuación antijurídica activa o pasiva, por parte del auditor en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada.

(ii) que esta conducta del auditor sea culpable, por haber actuado con dolo o culpa constituida por el “incumplimiento de sus obligaciones” que presentan un aspecto técnico (lex artis).

(iii) un perjuicio o daño a la sociedad auditada (o a tercero); no es suficiente el incumplimiento de sus obligaciones o la comisión de una conducta tipificada como ilícita por las normas penales o administrativas, si la misma no va acompañada de un daño.

(iv) una relación de causalidad entre el daño o perjuicio sufrido por la sociedad auditada (o el tercero) y la conducta antijurídica del auditor.”

Teniendo en cuenta los requisitos exigidos por la doctrina para la concurrencia de responsabilidad civil en materia de auditoría, Greed Group podría exigir a Pufosa Asesores Financieros esta responsabilidad siempre y cuando acredite el incumplimiento culpable, por haber actuado con dolo o culpa, de la firma de auditoría.

El resto de los requisitos entendemos que se cumplen: (i) actuación antijurídica por parte de Pufosa Asesores Financieros que no cumple con sus deberes de auditoría al detectarse con posterioridad la existencia de irregularidades contables. Actuación que le une con la sociedad auditada, Habanera; (ii) perjuicio a Greed Group consistente en la controversia que suscita la errónea valoración de sus acciones; y, por último, (iii) una clara relación de causalidad entre el informe erróneo de Pufosa y el importe abonado por Sigaar a cambio de las acciones de Habanera generador del conflicto entre ambas sociedades.

Del análisis de la responsabilidad civil del auditor cabe mencionar, asimismo, el artículo 26.3 LAC que recoge que: “*Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría*”.

⁸ Bravo Taberné, A.; Zarco, M., “La responsabilidad de los auditores: Una profesión del alto riesgo”, *icjce.es* (disponible en <https://www.icjce.es/responsabilidad-auditores-profesion-alto-riesgo>).

Para finalizar el análisis de esta primera responsabilidad, señalar que el Tribunal Supremo ha establecido que las obligaciones del auditor son obligaciones de medios y de ninguna manera obligaciones de resultado⁹, por lo que la responsabilidad no es objetiva, sino subjetiva, lo que implica que la firma de auditoría habría cumplido con sus deberes y no respondería, por tanto, civilmente de los daños causados cuando hubiera actuado con la diligencia que le es exigida conforme a su profesión tendente al logro de un resultado esperado, la correcta valoración de las cuentas auditadas. Por lo que, en el caso de incurrir en error en la valoración contable, si se acredita su actuación diligente, el auditor queda excluido de responder civilmente de los daños causados. Es por ello que para exigir la responsabilidad del auditor se requiere el incumplimiento culpable o doloso del mismo.

Abordada la responsabilidad civil, exponemos brevemente la responsabilidad de tipo penal también derivada de la profesión de auditor. Es así como la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Sentencia 14/2020, de 6 de octubre, condena a los auditores de Pescanova (BDO, S.L.) como autores responsables de un delito de falseamiento de información económica y financiera.

La Sentencia fija como hechos probados la ocultación de deuda y, en este sentido, afirma que *“las opacidades contables realizadas durante los últimos años, sin que BDO hubiera opuesto obstáculo alguno pese a comprobar la falta de coincidencia de los datos que se reflejaban con los soportes documentales”*.

Por lo que, para apreciar la concurrencia de este supuesto delictivo de falseamiento contable se requiere, asimismo, la actuación dolosa de la firma auditora, actuación que debería ser acreditada por Greed Group si quiere ejercitar la correspondiente acción penal.

2. Opresión de la minoría en Newco al ampliar capital injustificadamente

Como hemos explicado antes y veremos en la demanda que se adjunta al presente informe, la segunda de las estrategias susceptible de ser utilizada por Greed Group en contra de Sigaar consiste en la impugnación del acuerdo social adoptado en Junta General Extraordinaria de fecha 27 de abril de 2020 consistente en el aumento de capital de Newco por compensación del crédito de Sigaar por considerarlo acuerdo abusivo.

En este sentido, la LSC recoge en su artículo 204.1 que son impugnables los acuerdos que *“lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*. Entendiéndose que lesiona el interés social, de acuerdo con su párrafo segundo, también el acuerdo que *“aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría.”*, siendo este el que 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”*.

De la dicción literal de este precepto normativo se entiende que el único argumento que excluye la consideración de un acuerdo adoptado por la mayoría en

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 3140/2016, de 1 de julio (48/2014).

detrimento de la minoría como acuerdo abusivo es la “necesidad razonable” en la que se justifica su adopción.

Pues bien, tal y como expondremos en el escrito de demanda, al ser esta la estrategia escogida para el inicio de acciones judiciales en contra de Sigaar, no existe necesidad razonable alguna que justifique la adopción de este acuerdo de aumento de capital por compensación del crédito de Sigaar, ya que, si bien, con posterioridad a la adopción de este acuerdo se produjo la paralización total de la industria cigarrera mundial y la crisis de demanda asociada a sus productos, esta crisis fue posterior, por lo que la parte contraria no podría alegar de ninguna manera esta crisis como fundamento del acuerdo de ampliación.

En consecuencia, entendemos que el acuerdo fue adoptado efectivamente con el único motivo de diluir la participación de Greed Group (del 25% al 5%) con el consiguiente aumento del control societario de Sigaar (del 75% al 95%).

3. Doctrina de los actos propios

Frente a las acciones susceptibles de ser ejercitadas por la parte contraria, (i) la acción de incumplimiento contractual con base en el incumplimiento de esta parte de las declaraciones y garantías contenidas en el contrato firmado finalmente por las partes sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera, así como (ii) la acción individual de responsabilidad de los administradores por la infracción de sus deberes de lealtad o diligencia en la elaboración de los estados contables, nuestro cliente podría alegar el incumplimiento por parte de Sigaar de la doctrina de los actos propios.

La doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, entendida esta como la prohibición de actuar en contra de los actos considerados propios, consiste en “*la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio*”¹⁰.

Esta doctrina encuentra su fundamento “*en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno*”¹¹ y en “*la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos*”¹². Todo ello de conformidad con el artículo 7 del Código Civil (en adelante, “**Cc**”).

Para que esta regla resulte de aplicación al caso concreto, la doctrina¹³ entiende que es preciso que se den las siguientes circunstancias:

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1999 (RC 10679/1990).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1999 (RC 10679/1990).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1999 (RC 10679/1990).

¹³ Díez-Picazo, L., “La doctrina de los actos propios”, *Civitas*, 2014, p. 202.

“(i) Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.

(ii) Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

(iii) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

(iv) Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de los sujetos”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, Greed Group podría alegar el incumplimiento por parte de Sigaar de la doctrina de los actos propios con base en que esta última sociedad ofreció en pago de las acciones de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA a la vista del informe de revisión financiera de Pufosa Asesores Financieros, firma de auditoría de reconocido prestigio en España elegida por esta misma sociedad (Sigaar).

Por lo que Sigaar no podría reclamar el incumplimiento de esta parte de las declaraciones y garantías, ni exigir la responsabilidad individual de los administradores con base en las irregularidades contables cometidas, ya que de lo contrario estaría yendo en contra de sus propios actos, puesto que fue Sigaar la que eligió a Pufosa Asesores Financieros como firma de auditoría para revisar y valorar los estados contables de Habanera, basando el importe de la compra de las acciones en los establecido en dicho informe. Estaría, asimismo, infringiendo esta doctrina porque con el pago de las acciones a la vista del informe de Pufosa Asesores Financieros se generó en Greed Group la confianza de que efectivamente la valoración se había hecho de forma correcta, ya que esta auditora no reveló la existencia de irregularidad contable alguna, lo que llevó a esta parte a suscribir las declaraciones y garantías.

4. Ampliación de capital realizada y el valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar

El aumento de capital por compensación de créditos es una operación societaria, muy asidua entre sociedades en situación de falta de liquidez, por la que la sociedad que presenta un pasivo muy elevado y un escaso capital social amplía este último con la finalidad de solventar el desequilibrio existente en la sociedad.

Si bien, esta modalidad de aumento de capital es una modalidad plenamente válida de conformidad con el artículo 301 LSC, lo cierto es que es una modalidad de aumento de capital muy controvertida, puesto que, sitúa en una posición ventajosa al socio mayoritario frente al socio minoritario que por lo general ostenta más créditos frente a la sociedad.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que esto es algo muy recurrente en las sociedades de capital en las que el socio mayoritario por regla general se encuentra más implicado en la gestión y el desarrollo de la sociedad. El problema deviene realmente cuando lo que busca el socio mayoritario con la ampliación de capital por compensación de créditos es diluir la participación del minoritario, aumentando en consecuencia la que ostenta con respecto al capital social. Y es que frente a este tipo de aumentos de capital no se reconoce al socio minoritario su derecho de preferencia, lo que le sitúa en una situación de enorme desventaja no pudiendo defenderse frente a la adopción abusiva del acuerdo.

En el escrito de demanda abordaremos con más detalle esta operación de ampliación por compensación del crédito de Sigaar.

Por último, en cuanto al valor probatorio del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar, hemos de tener en cuenta que se trata de un informe de parte, por lo que su valor será el de una prueba de parte, limitado.

Lo que frente a este informe puede alegar Greed Group es que el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por el experto independiente, arrojó un resultado similar al del informe elaborado por la firma de auditoría, Pufosa Asesores Financieros, que acreditó la veracidad de los estados contables y principales ratios económicos y financieros de Habanera.

Por lo que, con base en esto, puede alegarse que parece que el informe de revisión financiera de Pufosa es correcto, así como veraces las cuentas anuales de Habanera auditadas por él.

(ii) Alternativas estratégicas de la parte contraria, Sigaar

Expuestas las alternativas estratégicas de mi cliente, procedemos a analizar las alternativas de la parte contraria, Sigaar, y su posible neutralización.

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

En la reunión mantenida en fecha 10 de marzo de 2020 entre los representantes de Sigaar y de Greed Group, el Sr. Fox puso de manifiesto que, tras la toma de participación en Habanera, se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera con la finalidad de incrementar el EBITDA del ejercicio 2019 y aumentar el precio de sus acciones.

Ante esta situación, la acción que Sigaar podría ejercitar frente a esta parte es, por un lado, la acción civil de responsabilidad contractual por incumplimiento de las declaraciones y garantías suscritas por Greed Group, contenidas en los contratos alcanzados por las partes con fecha 20 de diciembre de 2019, y, por otro lado, interponer la correspondiente demanda penal con base en la comisión del delito de falseamiento contable.

En primer lugar, abordamos la acción civil de responsabilidad contractual por incumplimiento de las declaraciones y garantías suscritas por Greed Group. Las

manifestaciones y garantías, conocidas originariamente bajo su terminología inglesa como *representations and warranties*, se entienden como el conjunto de cláusulas contractuales “en las que, al amparo de la autonomía de la voluntad (1255 Cc), las partes hacen una serie de manifestaciones en relación con el objeto del contrato (generalmente el vendedor en relación con la cosa vendida, la empresa), cuya veracidad y exactitud garantizan de forma expresa contractualmente”¹⁴.

En el Derecho español no se regulan las acciones susceptibles de ser ejercitadas frente a su incumplimiento por lo que el comprador, como parte afectada, debe acudir a las acciones derivadas del incumplimiento de los contratos. De todas las existentes, son dos las acciones por las que el comprador tiende a optar en términos generales. Estas dos acciones son: (i) la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual; y, (ii) la acción de reajuste del precio a la resolución del contrato¹⁵. Siendo preferible siempre la primera, ya que, tal y como señala GOMEZ POMAR¹⁶ “en el caso de una compraventa de empresa, el remedio resolutorio puede resultar costosísimo en la práctica, dada la complejidad de deshacer una operación de adquisición en muchas circunstancias”.

Frente a esta acción, Greed Group puede alegar el incumplimiento por parte de Sigaar de la doctrina de los actos propios de conformidad con lo expuesto en el punto 3, *Doctrina de los actos propios*. Sigaar procediendo al pago de las acciones de Habanera con base en el informe de Pufosa Asesores Financieros, crea en esta parte la confianza de que las cuentas anuales son correctas procediendo en consecuencia Greed Group a adoptar la cláusula de declaraciones y garantías. Asimismo, esta parte puede traer a colación el plazo de vigencia de 12 meses de estas declaraciones y manifestaciones que expira el 20 de diciembre de 2020, por lo que, si la acción se ejercita con posterioridad a esta fecha, Greed Group podría alegar que no existe incumplimiento contractual alguno, ya que el compromiso a cerca de la veracidad de los estatutos contables y financieros de Habanera habría caducado.

En cuanto a la acción penal, el supuesto de falseamiento contable constituye el delito de falsedad contable recogido en el artículo 290 del Código Penal (en adelante, “CP”). Dicho precepto normativo define este delito y recoge, como exponemos, la sanción asociada a la comisión del mismo:

“los administradores, de hecho, o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la

¹⁴ Cazorla, L., “¿Qué son las <reps and warranties> o manifestaciones y garantías contractuales?”, *Luis.cazorla.com* (<http://luiscazorla.com/2014/06/que-son-las-reps-and-warranties-o-manifestaciones-y-garantias-contractuales/>).

¹⁵ Gili Saldaña, M., “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”, *InDret Revista para el análisis del derecho* (disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/736_es.pdf).

¹⁶ Gomez Pomar, F., “El incumplimiento contractual en Derecho Español”, 2007, p.34. Aunque el caso que analizamos no trata de un supuesto de compraventa de empresas, sino de un acuerdo de inversión, entiendo que aplican las mismas reglas.

pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”

Pues bien, Sigaar podrá iniciar la acción penal ya que ostenta la legitimidad que requiere este supuesto penal, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016 (EDJ 2106/214097) que recoge que será sujeto pasivo del delito de falseamiento contable “*una persona determinada o varias, no la generalidad*”.

Ahora bien, ¿Qué argumentos podría exponer Greed Group para neutralizar esta acción penal?

Para ello partimos del contenido de este supuesto penal que recoge que: (i) el sujeto activo debe ostentar la condición de administrador (de hecho o de derecho) de una sociedad constituida o en formación; (ii) la conducta tipificada consiste en falsear las cuentas anuales u otros documentos que reflejen la situación jurídica o económica de la sociedad; y, por último, que (iii) se requiere dolo, es decir, la intencionalidad de causar un perjuicio económico ya sea a la sociedad, a los socios o a terceros. Aumentando la pena en el caso de causar finalmente el perjuicio económico.

Teniendo en cuenta estos extremos, la línea de argumentación que recomendamos seguir se centra en alegar que no se ha conculcado el tipo penal porque los administradores de Habanera no han falseado las cuentas. La existencia de un informe del departamento de contabilidad de Sigaar, informe que hemos de hacer hincapié es de parte, con una valoración del EBITDA inferior a la reflejada en los estados financieros de la sociedad no puede implicar, de manera directa, que las cuentas hayan sido falseadas por Habanera con la finalidad de incrementar el precio de sus acciones. Es más, podemos decir que estas cuentas tiene una fiabilidad muy superior al informe de parte presentado por Sigaar, no sólo porque la firma de auditoría Pufosa Asesores Financieros, que a propósito hemos de recordar que fue escogida por Sigaar, verifica la validez de estas cuentas, sino porque el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias, realizado por el experto independiente, arrojó un resultado similar al contenido en el informe realizado por la auditora, es decir, un resultado similar al contenido de las cuentas anuales, lo que da, tal y como hemos expuesto, mayor fiabilidad a las cuentas anuales de Habanera.

2. Responsabilidad de la firma de auditoría

Desde la perspectiva de la defensa de Sigaar, nos remitimos en todo a lo ya expuesto en este sentido para Greed Group, con el matiz de que la acción de responsabilidad civil que correspondería ejercitar a Sigaar es la acción de responsabilidad civil contractual, ya que entre Sigaar y Pufosa Asesores Financieros media efectivamente el contrato de prestación de servicios consistente en la valoración de los estados financieros y ratios económicos de Habanera.

3. Responsabilidad de administradores

El núcleo central de la controversia en torno a la cual Sigaar emprende acciones judiciales contra Greed Group se basa, como hemos ido analizando a lo largo del presente informe, en las irregularidades contables detectadas en la valoración del EBITDA en virtud de un informe financiero elaborado por el departamento contable de Sigaar.

Con base en estas irregularidades contables, Sigaar podría exigir responsabilidad a los administradores de Greed Group y ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad.

Esto se debe a que sobre el administrador recae la obligación de formular las cuentas anuales de la sociedad, ex artículo 253 LSC, y que, tal y como recoge el artículo 34.2 del Código de Comercio (“Cco”) estas cuentas “*deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa*”, por lo que la formulación errónea de las mismas conlleva exigir su responsabilidad.

Ahora bien, en el presente caso, nos encontramos con unas cuentas anuales sobre las que existe un informe de revisión financiera de una firma auditora. Un informe que si bien no es un informe de auditoría ofrece determinadas garantías. Lo que cabe preguntarse en este sentido es ¿si este informe exime al administrador de su responsabilidad?

Pues bien, para ello acudimos al artículo 236 LSC, en virtud del cual:

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

Teniendo en cuenta lo que recoge este precepto normativo entendemos que más allá de la responsabilidad que pudiera recaer sobre Pufosa como firma encargada de la elaboración del informe de revisión financiera, esta no exime de ninguna manera al administrador de la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes.

A este respecto, cabe, asimismo, considerar, derivado de los incumplimientos expuestos, el incumplimiento por parte de los administradores de sus deberes de lealtad y diligencia contenidos en los artículos 225 y 227 LSC. El deber de diligencia si se demuestra que efectivamente el administrador no desempeñó su cargo con la diligencia debida y el deber de lealtad si se prueba que en su conducta medió dolo y mala fe.

Lo que podría alegar nuestra parte en su defensa es, tal y como adelantábamos al estudiar el delito de falsedad contable, que no existe ningún tipo de irregularidad contable en las cuentas, sino que las mismas representan la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la sociedad. Todo ello con base en las similitudes existentes entre el informe realizado por el experto independiente y el informe de revisión financiera realizado por Pufosa Asesores Financieros que comprueba la veracidad de las cuentas anuales de Habanera.

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

Sigaar, socio mayoritario de Newco, sospecha que el Sr. Gekko está desviando clientela con la finalidad de montar un negocio paralelo. Con base en esta sospecha y debido a la tensa situación existente entre las partes, decide despojar al Sr. Gekko de sus funciones de gestión en Newco.

Procedemos a analizar la actuación de desviación de clientela como posible actuación de competencia desleal. Para ello nos remitimos a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, “LCD”).

De este texto normativo, analizamos, en primer lugar, el artículo 14 que recoge el supuesto específico de inducción a la infracción contractual y concretamente en su apartado segundo dispone que:

“La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”

Pues bien, para que la actuación de la que se le acusa al Sr. Gekko consistente en la captación de clientela, pueda ser calificada de competencia desleal se requiere que en la misma concurren las condiciones que recoge el referido precepto normativo. La Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado a este respecto en su Sentencia 59/2008, de 21 de febrero, en la que recoge que *“la atracción de clientela ajena, en principio, no supone actividad desleal, pues dicha clientela no constituye patrimonio exclusivo, a no ser que se lleve a cabo mediante actos contrarios a la buena fe, de confusión, engaño, imitación, explotación de reputación ajena, etc”*¹⁷. Por lo que, sólo en el caso en el que medie mala fe o engaño, entre otros, la captación de clientela será reputada desleal.

En este sentido, no nos consta que en la actuación de Gekko haya mediado engaño, mala fe o confusión por lo que no cabría su consideración como actuación de competencia desleal.

Descartado el supuesto específico del artículo 14 LCD, analizamos la cláusula general de competencia desleal del artículo 4 de esta Ley que dispone, en su apartado primero, que *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*.

Si bien, en este sentido, dada la generalidad y amplitud de la cláusula podríamos entender contenida en ella actuaciones como la del Sr. Gekko, lo cierto es que la misma no puede ser entendida como un cajón de sastre de las actuaciones no subsumibles en el resto de artículos, por lo que para su aplicación se exige que el comportamiento objeto de estudio presente algún rasgo especial que merezca su consideración, rasgo que no se da en la actuación del Sr. Gekko, por lo que entendemos que su actuación no podría ser reputada como desleal.

Sigaar alegaría en su defensa la aplicación del artículo 14 LCD y, en su defecto, la aplicación del artículo 4 LCD. Mientras que nuestra parte podría seguir la línea argumental expuesta que concluye que la actuación no infringe la competencia desleal.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1032/2007, de 8 de octubre.

C. Otras cuestiones a considerar

(i) *Mancomunidad y solidaridad de los administradores*

En el caso objeto de estudio, nos encontramos con: (i) el órgano de administración de Greed Group, similar en su filial Habanera, formado por un consejo de administración presidido por el Sr. Gekko, con (ii) la administración de Sigaar encomendada a dos administradores mancomunados, el Sr. Bud Fox y el Sr. Glauser Roist y, por último, (iii) en cuanto a Newco, con el Sr. Glauser Roist como administrador único de la sociedad.

En todas las sociedades pueden existir tres tipos de administradores: el administrador mancomunado, el administrador solidario y el administrador concursal. De acuerdo con el artículo 23 LSC en los estatutos, que rigen el funcionamiento de la sociedad, se hará constar “*el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren*”. Asimismo, es en los estatutos en los que se debe recoger la forma de actuación de estos administradores, tal y como dispone el artículo 185 del Reglamento del Registro Mercantil.

Nos centramos ahora en las diferencias existentes entre el administrador solidario y el administrador mancomunado. Podemos decir que la diferencia primordial entre uno y otro se basa en que, en el caso del administrador mancomunado, este cuenta con un poder ciertamente limitado, ya que no le está permitido actuar de forma individual en representación de la sociedad, sino que, para ello, necesita la firma del resto de administradores mancomunados. A diferencia del administrador solidario, al que le está permitido actuar en representación de la sociedad con independencia del resto de administradores y llevar a cabo todas las funciones que le hayan sido encomendadas a razón de su cargo como administrador social.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, decir brevemente que, de acuerdo con el artículo 237 LSC, la regla general es la responsabilidad solidaria del administrador. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que el artículo 225 LSC que en su apartado primero habla del deber de diligencia del administrador en función de la naturaleza de su cargo y de las funciones atribuidas a cada uno de ellos, puede entenderse que rompe con la regla de la solidaridad del administrador establecida como regla general. Ahora bien, a pesar de las numerosas teorías existentes al respecto, la doctrina mayoritaria entiende que este artículo realmente no rompe con la regla de la solidaridad.

(ii) *Valoración de la Joint Venture*

Dadas las dificultades financieras que Greed Group venía experimentando desde el año 2018, el Sr. Gekko buscaba potenciales inversores que se incorporasen al accionariado de las distintas filiales del grupo. Es así como, Sigaar, interesada en ampliar su actividad mediante la adquisición de una participación mayoritaria en Habanera, acuerda con Greed Group la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución, Newco, que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera.

Pues bien, una *Joint Venture* es en una asociación estratégica, en nuestro caso de empresas, de carácter temporal, ya sea a corto, medio o largo plazo, cuyo objetivo último

consiste en desarrollar un negocio de manera conjunta, la fabricación e importación de cigarrillos habanos. Se trata, por tanto, de una alianza empresarial para alcanzar sinergias en el desarrollo de un negocio.

Esta operación parte de dos sociedades independientes (Greed Group y Sigaar) que se asocian para la creación de una nueva sociedad (Newco). Nos encontramos, por tanto, ante la modalidad de *Equity Joint Venture* basada en la creación conjunta de una nueva sociedad filial. Otra de las alternativas a la hora de constituir una *Joint Venture*, es lo que se conoce como *Contractual Joint Venture* basada en la alianza de dos empresas, pero que no conlleva la creación de una nueva sociedad participada. La principal diferencia entre ambas reside en su responsabilidad. La *Contractual Joint Venture* con una responsabilidad difícil de limitar y solidaria frente a terceros, mientras que la *Equity Joint Venture* con una responsabilidad limitada, siendo, por ello, la que responde la sociedad.

Expuesto, en términos generales, en qué consiste una *Joint Venture*, procedemos a analizar este tipo de operaciones a la luz de las ventajas e inconvenientes que conlleva su constitución.

Pues bien, las principales ventajas que se derivan de la alianza empresarial mediante *Joint Venture* son, entre otras, las siguientes:

- Aumento de la competitividad y productividad.
- Minimización del riesgo: contamos con el capital y los recursos de dos empresas que comparten riesgos y responsabilidades.
- Sinergias: con la alianza se aprovechan las sinergias que se crean de la unión de las distintas empresas.
- Compartir el *know-how*.

En cuanto a los inconvenientes asociados a este tipo de operaciones, los de mayor importancia son:

- Pérdida de autonomía, al compartir con otra sociedad la toma de decisiones, lo que puede acarrear conflictos entre los socios.
- En Derecho español no existe una figura de *Joint Venture* como tal, por lo que su constitución puede ser costosa en términos de tiempo y dinero.
- Compartir recursos y *know-how* puede acarrear consecuencias negativas en el futuro.

Del análisis de la *Joint Venture*, Newco, constituida entre Greed Group y Sigaar, podemos decir que se trata de una *Joint Venture* bien hecha y, por tanto, correcta.

Tal y como adelantábamos, en Derecho español no existe una figura que regule la alianza de *Joint Venture*, ahora bien, se entiende que la misma encaja dentro del artículo 125 Cc. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia¹⁸ que reconoce con base en el principio de la autonomía “(...) la creación de una empresa separada a partir de esta agrupación, asociación temporal, participación, etc., de empresas denominada

¹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 de Málaga, de 3 de enero de 2008.

“Joint Venture” con autonomía jurídica propia no dejan de ser de base puramente contractual entre los participantes de dicha actividad común”.

Por último, cabe decir que el contrato de *Joint Venture* es un contrato de carácter bilateral y sinalagmático que obliga a las partes a cumplir lo acordado, así como un contrato oneroso, a partir del cual las partes obtienen una contraprestación económica por su participación en el contrato. Contrato que deberá formalizarse por escrito y elevarse público.

(iii) Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones y garantías de los contratos

En fecha 15 de noviembre de 2019 las partes alcanzan un acuerdo de intenciones en el que se describen los términos esenciales de la operación, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de 24 meses de las declaraciones y garantías a suscribir. Contrato de intenciones que concluyó, en fecha 20 de diciembre de 2019, con la formalización de los contratos de la operación. Contratos que contenían declaraciones y garantías, pero por un periodo de validez de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Comenzamos nuestro análisis por el valor del acuerdo de intenciones alcanzado entre partes. Los acuerdos de intenciones son acuerdos precontractuales distintos del precontrato que se producen en sede de tratos preliminares. Pero ¿en qué consiste realmente estos tratos preliminares? Mendez Mato los define como *“aquellos actos precontractuales en sentido estricto, no esenciales para el nacimiento definitivo del contrato, y cuyo contenido consiste en un conjunto de conversaciones y actividades dirigidas a informarse y negociar los futuros términos del contrato”*¹⁹.

Nos encontramos, por tanto, en sede de la negociación previa a la formulación del contrato o lo que se conoce como fase precontractual. Si bien, de la formalización del contrato se derivan una serie de derechos y obligaciones para las partes, lo que implica su vinculación jurídica al emitir con la firma del contrato su voluntad de obligarse, en sede precontractual los tratos preliminares no suponen acto jurídico alguno, por lo que del mismo no se derivan, al menos de forma inmediata, efectos jurídicos para las partes.

Ahora bien, que estos tratos preliminares no produzcan efectos jurídicos de forma inmediata, no implica que carezcan de relevancia jurídica. En Derecho español no existe ningún precepto normativo que recoja la responsabilidad derivada del incumplimiento de estos tratos preliminares. No obstante, es la doctrina de la culpa *in contraendo* la que hace recaer sobre el que abandona las negociaciones de forma abrupta, es decir, contraviniendo las exigencias de la buena fe, la responsabilidad extracontractual del incumplimiento de la diligencia debida y la lealtad también en el periodo de la negociación previa a la formalización del contrato.

Es por ello que entendemos que, si bien los tratos preliminares no tienen que concluir si o si en contrato, siendo válida la ruptura de las negociaciones, la misma debe de estar justificada y no contravenir la buena fe.

¹⁹ González, N., “La responsabilidad de los tratos preliminares al contrato” *Torresabogados.com* (disponible en <http://www.torresabogados.com/2016/12/20/la-responsabilidad-de-los-tratos-preliminares-al-contrato/>).

El acuerdo de intenciones alcanzado entre las partes, así como el contrato formalizado posteriormente contienen declaraciones y garantías suscritas por Greed Group finalmente acordadas por una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera.

Las manifestaciones y garantías, conocidas, tal y como adelantábamos, originariamente como *representations and warranties*, se trata de una práctica muy habitual en derecho anglosajón que consiste en el conjunto de afirmaciones, declaraciones o predicciones que una de las partes, en nuestro caso, Greed Group, como vendedor de las acciones de Habanera, realiza a favor del comprador sobre el objeto de la compra.

Esta cláusula tiene por objeto depositar en el vendedor el riesgo de ese conjunto de declaraciones, es decir, evitar los daños y perjuicios que el comprador pueda sufrir por vicios en el consentimiento derivados de la falsedad de las declaraciones suscritas. Por lo que, en términos generales, estas declaraciones lo que aportan es seguridad a la operación jurídica, así como en nuestro caso al comprador, ya que su incumplimiento deriva, entre otras acciones susceptibles de ser ejercitadas, en la acción civil de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

En cuanto a las declaraciones y garantías suscritas por Greed Group, hemos de tener en cuenta, tal y como adelantábamos, que las mismas cuentan con una vigencia de 12 meses a contar desde el día 20 de diciembre de 2019. Por lo que Sigaar podrá ejercitar con expectativas de éxito la acción de daños y perjuicios por incumplimiento contractual hasta el día 20 de diciembre de 2020, fecha en la que decaería la protección de estas manifestaciones y garantías frente a Sigaar, asumiendo este último el riesgo de la veracidad de esas cuentas desde el punto de vista contractual. Ahora bien, en el supuesto de que en el incumplimiento de las declaraciones y garantías por parte de Greed Group medie dolo, la vigencia de los 12 meses decaería, estando legitimado Sigaar para ejercitar la acción de incumplimiento contractual dentro del plazo de 5 años fijado por la normativa²⁰.

(iv) Valor probatorio de los correos electrónicos

El artículo 299 de la LEC recoge los medios de prueba que las partes tienen a su disposición en juicio. Y, en su párrafo segundo dispone que:

“también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”

La LEC recoge, asimismo, en su artículo 267 que:

“los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente”

²⁰ Artículo 1964 del Código Civil.

Estos medios de prueba se introducen en el proceso, de conformidad con el artículo 265.1.2 ° LEC bien en el escrito de demanda o de contestación a la demanda.

Centrándonos en los correos electrónicos como medio de prueba, su valor probatorio será limitado, ya que se trata de un medio de prueba privado, de parte. El Juzgado o, en su caso, el Tribunal que corresponda procederá a su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo la parte contraria impugnarlos en cumplimiento del artículo 326 LEC, lo que reducirá su fiabilidad y, por tanto, su validez²¹.

Teniendo en cuenta el escaso valor probatorio de los correos, nuestra recomendación a Greed Group sería optar por otro medio de prueba para acreditar el clima de crispación existente entre las partes.

(v) Utilización de doctrina y jurisprudencia relevante

La doctrina y jurisprudencia relevante para la defensa de Greed Group ha sido aportada a lo largo del presente informe en sus respectivos apartados.

(vi) Pautas para una valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados

De acuerdo con el artículo 251.1ª LEC, las pautas para la valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados consistirá en el diferencial entre el precio abonado por Sigaar a cambio de las acciones de Habanera consistente en 8 veces EBITDA (972.222 €) y el EBITDA corregido (771.460 €). Diferencia que asciende a la cuantía de 200.762 €.

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, de 7 de julio de 2016.

III. ESCRITO DE DEMANDA INICIAL DE ACUERDO CON LA DECISIÓN ESTRATÉGICA ELEGIDA

El escrito de demanda que exponemos a continuación versa sobre la estrategia de consideración del acuerdo de ampliación de capital por compensación del crédito de Sigaar como acuerdo abusivo.

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA QUE POR TURNO CORRESPONDA

D. RICARDO GONZALEZ DEL YERRO, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de la mercantil Greed Group, S.A. (en adelante, “**Greed Group**”), según acredito mediante copia de la escritura de poder general para pleitos que acompaño al presente escrito como **Documento n.º 1**, con asistencia del Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Dña. Idoia Muñiz López de Goicoechea, Colegiado núm. 403.222, con domicilio profesional en la Calle Padilla 40, CP 28006, Madrid, ante el Juzgado Comparezco, y como mejor proceda en Derecho,

DIGO

Que, por medio del presente escrito, en tiempo y en forma, formulo **DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES** frente a la sociedad de nueva constitución, Newco (en adelante, “**Newco**”), con base en los artículos 204 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (“**LSC**”).

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

En la presente demanda intervienen, por un lado, Greed Group, sociedad española matriz de un importante grupo empresarial con filiales en Estado Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, Las Islas Caimán y España, dedicada a la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, entre los que destacan productos como la gomina, la confección de trajes, esmóquines y fracs, así como la prestación de servicios de coctelería internacional. Y, por otro lado, Sigaar, sociedad holandesa dedicada a la fabricación de cigarros holandeses de gran tradición en los círculos financieros europeos.

Entre las filiales de Greed Group destaca la mercantil Habanera, S.A.U. (“Habanera”) dedicada a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba. Desde 2018, el grupo ha venido experimentando ciertas dificultades de liquidez, lo que ha llevado al Sr.Gekko a buscar financiación a través de potenciales inversores que se incorporen al accionariado de las distintas filiales del grupo.

Es así como el día 20 de diciembre de 2019 tiene lugar, por parte de Greed Group y Sigaar, la constitución de una Joint Venture mediante la creación de una sociedad de nueva constitución (“**Newco**”) que, por motivos fiscales, fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera. El capital social de esta nueva sociedad fue repartido de la

siguiente manera: (i) 75% titularidad de Sigaar; y, (ii) el 25% restante titularidad de Greed Goup.

Pues bien, expuesto, en términos generales, las partes intervinientes en la presente demanda, cabe decir que, con fecha 27 de abril de 2020, se celebró, válidamente convocada y constituida, la Junta General Extraordinaria de Newco por la que se adoptó: (i) la destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist (administrador mancomunado de Sigaar); así como, (ii) el aumento de capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar. Este último acuerdo es el que trae causa de la presente demanda.

En el Acta de la junta quedó reflejado el voto contrario al acuerdo de aumento de capital por parte del accionista minoritario de Newco, Greed Group, por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar y por considerar, asimismo, que el aumento de capital se había realizado con el ánimo de diluir sustancialmente su participación en la sociedad de nueva constitución.

Lo cierto, tal y como expondremos a lo largo del presente escrito, es que este acuerdo supuso que el ahora demandante, Greed Group, experimentase una importante dilución de su participación societaria, pasando de ostentar un 25% del capital social a un 5% del mismo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) JURÍDICO PROCESALES

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “**LOPJ**”) recoge en su artículo 86.ter.2.a) que:

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

(...)

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

Son competencia del orden jurisdiccional civil y, por tanto, competencia de los Juzgados de lo Mercantil tal y como recoge el artículo 9.2: “*además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.*”

Teniendo en cuenta ambos preceptos normativos, concurre en el Juzgado al que dirigimos la presente demanda los presupuestos correspondientes de jurisdicción.

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

La sociedad de nueva constitución, Newco, se encuentra sita en Avenida de la Diagonal n.º 12, CP 08019, Barcelona, por lo que la competencia territorial corresponde a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO

El procedimiento que tramitamos se articulará conforme a los trámites procedimentales del Juicio Ordinario, *ex* artículo 249.1.3º LEC que dispone que se sustanciarán a través del mismo, entre otras:

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

En este mismo sentido, el artículo 207.1 LSC recoge que:

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

TERCERO.- CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN

Greed Group y Sigaar, como partes intervinientes en el presente proceso, ostentan capacidad suficiente, de acuerdo con los artículos 6.1.3º y 7.4 LEC, para ser parte en el proceso y comparecer en juicio.

Asimismo, Greed Group acude con la representación de Procurador habilitado, cuyos datos se especifican en el encabezado de la presente demanda. Todo ello en cumplimiento de los artículos 23 y 31 LEC.

CUARTO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Greed Group ostenta legitimación activa para impugnar el correspondiente acuerdo social, de acuerdo con el artículo 206.1 LSC que dispone lo siguiente:

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

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

Este precepto normativo fija determinados requisitos. En primer lugar: (i) ostentar la condición de socio con anterioridad a la adopción del acuerdo; y, en segundo lugar (ii) ostentar al menos el 1% del capital social. Requisitos que Greed Group cumple, ya que efectivamente era socio antes de la adopción del acuerdo de ampliación de capital y porque, tanto con anterioridad como con posterioridad a la adopción del acuerdo, dispone de un % del capital social superior al límite del 1% fijado por la normativa.

En cuanto a la legitimación pasiva, la misma corresponde, en términos del artículo 206.3 LSC a Newco, como sociedad que en Junta General Extraordinaria adoptó el acuerdo de ampliación de capital.

QUINTO.- ACCIÓN EJERCITADA

La acción que se ejercita consiste en la acción de impugnación de acuerdos sociales, al tratarse de acuerdos contrarios al artículo 204.1 de la LSC.

SEXTO.- PLAZO

A través de la acción de impugnación de acuerdos sociales que se ejercita en la presente demanda se impugna el acuerdo social de aumento de capital de fecha 27 de abril de 2020. A este respecto, la LSC dispone en su artículo 205 que: *“la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año”*. Siendo este plazo computable *“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.”*

Con base en lo expuesto, teniendo en cuenta que el cómputo del plazo comienza a contar el día 27 de abril de 2020, la presente acción de impugnación se ejercita dentro del plazo legalmente fijado.

B) JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO.- AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS

El aumento de capital por compensación de créditos, que trae causa de la presente demanda, se trata una operación societaria, muy asidua entre sociedades en situación de falta de liquidez, por la que la sociedad que presenta un pasivo muy elevado y un escaso capital social amplía este último con la finalidad de solventar el desequilibrio existente en la sociedad.

Si bien, esta modalidad de aumento de capital es una modalidad plenamente válida que regula expresamente la LSC en su artículo 301. Lo cierto es que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado recordaba en su Resolución de 2 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4585) 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”

Nos encontramos, por tanto, en el presente caso, ante una modalidad de aumento de capital que presenta dudas en términos de abuso de la mayoría societaria en la adopción de acuerdos en el seno de la sociedad.

Algunas de las razones que explican la discusión existente a este respecto son: que, desde el punto de vista fáctico, cuando se procede a un aumento de capital por compensación de créditos de los socios frente a la sociedad, lo más común es que se dé una situación asimétrica (como la que ocurre en el caso que analizamos: Greed Group con una reducción en su participación del 25% al 5% y Sigaar con el consiguiente aumento del 75% al 95%) en cuanto a la posición de los socios mayoritarios y los socios minoritarios frente a la posible compensación de créditos. Ahora bien, esto, propiamente

dicho, no implica nada malo, sino que, más bien, responde a la realidad existente en cualquier sociedad: la mayoría social por el hecho de ostentar mayor participación en la misma estará normalmente más vinculada al desarrollo y gestión de la sociedad y, por tanto, más inclinada a conceder financiación en contraposición con los socios minoritarios.

No obstante, se ha de tener en cuenta que, a causa de esa asimetría, la mayoría puede tener un especial interés, como veremos a lo largo de esta demanda, en que la operación de aumento de capital se articule a través de esta modalidad, por compensación de créditos, reforzando su posición frente al socio minoritario y diluyendo la participación de este último sin la necesidad de realizar desembolsos adicionales al crédito ya aportado.

Por su parte, desde el punto de vista jurídico, este tipo de aumentos de capital presentan, aunque en otro sentido, un especial interés para la mayoría, ya que, en principio, no permiten que el socio minoritario ejercite su derecho de preferencia. Hecho que ha suscitado cierta controversia. La legislación ha ido evolucionando desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que reconocían este derecho, a la modificación de la LSA articulada por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y la modificación para las sociedades de responsabilidad limitada articulada por la Ley de Sociedades de Capital que limitaban finalmente su ejercicio a los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones “*con cargo a aportaciones dinerarias*”, excluyendo, por tanto, y entre otros, los aumentos de capital por compensación de créditos.

En este sentido se ha pronunciado la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en su Sentencia de 25 de mayo de 2017 (JUR 2017, 174053):

“el derecho de preferencia -fuera del marco de la operación acordeón típica que regula el artículo 343 del TRLSC- está hoy legalmente preservado en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 304 TRLSC), modalidad que la Ley diferencia con claridad de otras (aportaciones no dinerarias, aumento por compensación de créditos, por conversión de obligaciones o con cargo a reservas)”.

Expuesta, en términos generales, la controversia asociada a este tipo de aumentos de capital, analizamos en la siguiente sección el carácter abusivo del acuerdo adoptado.

SEGUNDO.- IMPOSICIÓN DE ACUERDO SOCIAL POR ABUSO DE LA MAYORÍA

El acuerdo de aumento de capital, detallado al inicio del presente escrito de demanda, contradice la LSC que en su artículo 204.1 recoge que son impugnables los acuerdos que “*lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”.

Este precepto normativo introduce una novedad a causa de la Ley 31/2014, de 31 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (“**Ley 31/2014**”). Esta novedad se basa en la incorporación a la consideración de acuerdo contrario al interés social los denominados acuerdos abusivos. El artículo 204.1 recoge, concretamente en su párrafo segundo, que:

“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que

un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

Ahora bien, en materia de impugnación, se ha de tener en cuenta el contenido del artículo 204.3 LSC fija una serie de motivos de cuestión meramente procedimental que excluyen la impugnación del acuerdo en el que concurran los mismos. No obstante, el acuerdo cuya impugnación suscitamos no encaja dentro de ninguno de los motivos a los que hace referencia este artículo, por lo que procede efectivamente su impugnación, al contradecir, tal y como desarrollaremos a continuación, el artículo 204.1 LSC.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, como hemos adelantado, no existía en nuestro Derecho la impugnación de acuerdos por abusivos, sino que la misma se articulaba, o bien a través del perjuicio al interés social, o bien, en el supuesto de ausencia de lesión al interés social, a través de la prohibición del abuso de derecho del artículo 7.2 Cc. No obstante, con la entrada en vigor de esta Ley, la vía de impugnación que corresponde a los socios es el artículo 204.1 LSC y la consideración de que el acuerdo abusivo es contrario al interés social²².

Pues bien, centrando nuestra argumentación en la infracción del artículo 204.1 LSC, por tratarse el acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos de un acuerdo abusivo, procedemos a continuación a explicar los requisitos que deben concurrir, así como a analizar su aplicabilidad al acuerdo que analizamos.

El artículo 204.1 LSC recoge, tal y como hemos expuesto *ex supra*, que “*un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*”. Son, por tanto, acuerdos abusivos aquellos que, como es lógico, se acuerdan en beneficio de la mayoría y detrimento de la minoría, pero que no responden a una necesidad razonable de la sociedad. Siendo esta última exigencia fundamental, que no respondan a una “necesidad razonable” que justifique su adopción.

Cuando este precepto normativo introduce la exigencia de una “necesidad razonable” se refiere básicamente a que para excluir la consideración de un acuerdo como abusivo, no basta con que el mismo no perjudique al patrimonio social, sino que se necesita algo más. “*Y ese algo más se sitúa en la existencia de una razón objetiva que, desde la perspectiva del interés social, justifique la adopción del acuerdo y el consiguiente sacrificio de la minoría*”²³. Es decir, si bien el acuerdo no debe ser imprescindible para el desarrollo de la compañía, el mismo debe responder a una razón que justifique el sacrificio de la minoría y que en una balanza incline la misma hacia la adopción de este acuerdo que visto a grandes rasgos beneficia, por una razón concreta, a la sociedad.

Ahora bien, al ser esta modalidad de ampliación de capital, tal y como hemos adelantado al inicio de esta sección, tan controvertida en términos de abuso de la mayoría, el análisis no debe limitarse a valorar esa “necesidad razonable”, sino que debe

²² García-Villarrubia, M., “Los grupos de casos de acuerdos abusivos”, *Uria.com* (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos>).

²³ García-Villarrubia, M., *ob. cit.*

profundizar también en las razones que justifican la adopción de esa modalidad de aumento de capital frente a cualquier otro tipo de aumento. La ampliación de capital por compensación de créditos no incluye derecho de preferencia y, por definición, implica la dilución de la participación del socio minoritario que no ostente créditos compensables frente a la sociedad o que, si bien ostenta algún crédito, los mismos son inferiores a su participación en el capital.

TERCERO.- CALIFICACIÓN DEL ACUERDO DE AUMENTO DE CAPITAL COMO ACUERDO ABUSIVO

Teniendo en cuenta el alcance del análisis expuesto en el punto anterior, procedemos en esta sección a estudiar su aplicabilidad al acuerdo cuya impugnación suscitamos mediante el presente escrito.

Pues bien, en Junta General Extraordinaria celebrada con fecha 27 de abril de 2020 se acordó, entre otros, el aumento de capital de Newco por compensación de un crédito de Sigaar. Para el correcto análisis de este acuerdo es importante señalar que: (i) previa a la adopción del acuerdo, Sigaar era ya socio mayoritario de Newco con un 75% de participación en el capital social; que (ii) en el acta de la junta quedó expresado que el acuerdo había sido adoptado con el voto en contra de Greed Group, actual demandante, por considerar un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar; que (iii) el aumento de capital supuso la dilución de la participación de Greed Group en el patrimonio de la sociedad, de un 25% a un 5%, con el consiguiente aumento de la participación de Sigaar, de un 75% a un 95%; y, por último, siendo este punto de especial importancia, que (iv) en la adopción del acuerdo no se justificó la “necesidad razonable” de su adopción.

Con base en las distintas circunstancias que precedieron a la adopción del acuerdo, así como las consecuencias en materia de dilución de la participación del socio minoritario (Greed Group) en Newco. Añadiendo, asimismo, a estas, el hecho de que ya con anterioridad a la Junta General Extraordinaria, existían discrepancias y enfrentamientos entre las partes a razón de las acusaciones vertidas por parte de Sigaar contra el demandante en este proceso por supuestas irregularidades contables de Habanera. Prueba de ello son los emails cruzados entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox que aportamos al presente escrito como **Documento n.º 2**.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el acuerdo fue adoptado efectivamente con abuso de la mayoría por parte de Sigaar, ya que el mismo no atendía a ninguna situación extraordinaria de la sociedad que justificase su adopción (ninguna “necesidad razonable”). Optando, además, por una modalidad de ampliación de capital muy controvertida y dañina a la minoría que, si bien es válida, tal y como hemos explicado previamente, desde el punto de vista legal, la misma debe encontrar unas razones que fundamenten su aplicación frente a otras ampliaciones que no limitan ese derecho de preferencia a la minoría. Este acuerdo, por tanto, responde, más bien, al deseo de la mayoría de diluir, dada la tensión existente entre las partes, la participación de Greed Group en el capital social alcanzando Sigaar una mayoría del 95%.

CUARTO.- AUSENCIA DE “NECESIDAD RAZONABLE”

De conformidad con lo que adelantábamos en el punto segundo relativo a la imposición de acuerdos sociales por abuso de la mayoría, el elemento esencial que

justifica la adopción de este tipo de acuerdos en detrimento de la minoría es la “necesidad razonable”, en atención a la situación de la sociedad, de mejorar el desarrollo de su actividad mediante la compensación de créditos.

Necesidad razonable que, en el acuerdo que impugnamos, brilla por su ausencia, no sólo porque realmente no se expuso ningún tipo de fundamentación al respecto, sino porque, si bien con posterioridad a la adopción del acuerdo las tensiones entre las partes aumentaron todavía más dada la situación de parálisis total de la industria cigarrera mundial y la crisis asociada a la demanda de estos productos, lo cierto es que es de elevada importancia hacer hincapié en que esta crisis, así como la caída de demanda asociada a la misma, fue posterior a la adopción del acuerdo de aumento de capital, por lo que, de ninguna manera, la parte contraria podría justificar la adopción del acuerdo con base en la situación crítica que devino después. Los motivos que guiaron la adopción de este acuerdo son claros, diluir la participación de un socio incómodo para la mayoría.

A este respecto, la práctica judicial es muy rica en matices en aras de atender las circunstancias acaecidas caso por caso. Es por ello que traemos a colación a este procedimiento el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) que en Sentencia de 23 de noviembre de 2012 denuncia el carácter abusivo de un acuerdo de aumento de capital constatada su finalidad primordial de perjuicio a la minoría.

El supuesto trata de una sociedad cuya práctica había consistido desde sus inicios en que los socios (mayoritarios y minoritarios) afianzasen las obligaciones que la sociedad iba suscribiendo. En un momento en el que las discrepancias entre socios mayoritarios y minoritarios fueron intensificándose, estos últimos decidieron dejar de participar en la política que se venía practicando. Es entonces cuando la sociedad acuerda el aumento de capital por compensación de créditos.

Ante esta situación, la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia al respecto diciendo que:

“la junta general de socios es soberana para adoptar los acuerdos que estime preciso, pero si las circunstancias del caso evidencian que la finalidad de alguno de los alcanzados en ella (como pudiera serlo el de ampliación de capital) fuera precisamente el perjudicar a un determinado socio, debilitando severamente su participación social, sin que éste tuviera posibilidad de reaccionar en igualdad de condiciones con los demás para evitar tal resultado, podría justificarse la impugnación por ilegal de lo acordado”

Y, en este sentido, continúa diciendo:

“la decisión de ampliar fuese no una necesidad sino una mera conveniencia, lo cual puede resultar perfectamente legítimo que lo decida la mayoría social, siempre que no utilice, como ocurrió en este caso, la vía más agresiva de entre las existentes para acometerla del modo más dañino posible para la situación de los minoritarios, que al quedar privados de la posibilidad de participar en ella si era por vía de compensación de créditos (pues no ha sido discutido que no cabía en tal caso el ejercicio del derecho de adquisición preferente, debiendo tenerse en cuenta, además, que por Ley 3/2009, de 3 de abril, se modificó el artículo 158.1 del TRLSA en ese sentido) sufrían una importantísima dilución en su participación en la entidad, pues pasaban de ostentar un 34,56 % a un 8,77%”

En la ampliación de capital que impugnamos, Greed Group quedó desprovisto de cualquier mecanismo de defensa frente a la compensación del crédito de Sigaar. Por lo que, teniendo en cuenta que la ampliación de capital no encuentra su fundamento ni

justificación más allá que en el posible beneficio social (argumento insuficiente), consideramos que, tal y como recoge la jurisprudencia, si bien, la decisión de ampliar el capital de una sociedad es una decisión que acomete de manera exclusiva a la junta, lo cierto es que esto no puede dejar la puerta abierta a posible abusos, como el que aquí acontece, de la mayoría frente a la minoría. Por lo que si la sociedad lo que buscaba efectivamente era financiación, no debería haber optado por la solución más agresiva, sino por un acuerdo de ampliación que respetase en todo lo posible la posición de los minoritarios.

En última instancia, cabe hacer referencia a numerosos casos recogidos por la jurisprudencia en los cuales los tribunales han considerado acorde la adopción de este tipo de acuerdos de aumento de capital, aún en perjuicio de la minoría. Algunas de estas sentencias son la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 26 de octubre de 2015, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) de 25 de mayo de 2017, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de marzo de 2019. Ahora bien, en todos estos casos, las distintas Audiencias justifican la adopción del acuerdo de ampliación en la concurrencia de una verdadera justificación o razón social como el reequilibrio de los fondos propios, la imposibilidad manifiesta de hacer frente a la devolución del préstamo o la situación de crisis económica y de reestructuración de deuda y refinanciación de la sociedad. Situaciones muy complicadas que claramente no concurren en el presente caso. Lo que hace concluir que efectivamente el objetivo último de la adopción de este acuerdo de ampliación de capital era único, desplazar a Greed Group del capital social de Newco.

QUINTO.- COSTAS

De acuerdo con lo que recoge el artículo 394 LEC, procede imponer a la parte demandada las costas causadas en este procedimiento a razón del criterio de vencimiento.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, se sirva de admitirlo y tenga por comparecido y por parte a Greed Group, S.A, entendiéndose con ella las ulteriores actuaciones en calidad de recurrente, y por interpuesta demanda contra Newco, y tras los trámites oportunos, estime íntegramente la demanda, y en consecuencia: (i) declare nulo el acuerdo de ampliación de capital por compensación del crédito de Sigaar adoptado en Junta General Extraordinaria de fecha 27 de abril de 2020; (ii) condene a la parte demandada a declarar sobre todas las cuestiones jurídicas que suscite el procedimiento; y, por último, (iii) imponga las costas del proceso a la parte demandada.

Es justicia que pido en Barcelona, a 27 de diciembre de 2020.

IV. INFORME SOBRE LA PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN Y POSIBLE RECONVENCIÓN

Frente a la acción de impugnación del acuerdo social de aumento de capital por compensación del crédito de Sigaar, acordado en Junta General Extraordinaria de fecha 27 de abril de 2020, ejercitada por parte de Greed Group en contra de Sigaar, esta sociedad se opondrá a la impugnación de este acuerdo con base en la crisis económica generada a causa de la pandemia que supuso la paralización total de la industria cigarrera mundial como necesidad razonable que justificó su adopción.

Y es que si bien, tal y como alegamos en el escrito de demanda, el acuerdo fue adoptado con anterioridad a la crisis en la que se vio sumida la empresa, la parte contraria podría alegar que lo cierto es que el mismo se acordó a finales de abril, concretamente el 27 de abril, fecha en la que ya se conocía la pandemia, así como sus consecuencias, desastrosas en términos de demanda, en negocios no similares, pero si próximos al de Newco, por lo que en cumplimiento de su deber de diligencia y como medida preventiva acordaron ampliar el capital por compensación del crédito de Sigaar con la finalidad de reequilibrar las cuentas y preparar a la sociedad para afrontar la crisis de la mejor manera posible.

Ahora bien, esta parte considera que realmente la crisis económica es ante todo una excusa que utiliza Sigaar para excluir al Sr. Gekko de Newco, ya que, de acuerdo con lo expuesto en la demanda, si verdaderamente lo que querían era preparar a la sociedad frente a la crisis económica que se avecinaba, podrían haber optado por cualquier otra modalidad de ampliación de capital y no por la ampliación de capital más perjudicial para la minoría, desplazándola, tal y como ocurre en el presente caso, de su participación en el capital social. Hacer hincapié, asimismo, en que la decisión de Sigaar de aumentar el capital se adopta en un momento en el que la tensión entre las partes es muy elevada, despojando posteriormente Sigaar al Sr. Gekko de la gestión de Newco con base en argumentos tan irrisorios como la sospecha, completamente infundada, de que está desviando clientela para montar un negocio paralelo o su falta de diligencia.

Por lo expuesto, consideramos que la defensa de Sigaar sería complicada, ya que de los propios hechos se deduce la intención última de este socio mayoritario de diluir la participación del Sr. Gekko en Newco.

En cuanto a la posible reconvencción de Sigaar frente a la impugnación del acuerdo social de aumento de capital por compensación de créditos, considero que no cabe reconvencción sino contestación a la demanda con base en los argumentos jurídicos previamente expuestos. La reconvencción es la posibilidad que establece la ley de que el demandado en un procedimiento judicial pueda a su vez interponer demanda contra el demandante, resolviéndose ambas pretensiones en un mismo procedimiento.

La LEC recoge en su artículo 406 que *“sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal”*. Entendemos que no es posible que Sigaar reconvenga con base en los mismos hechos alegados por esta parte, por lo que la vía adecuada para su defensa sería, tal y como hemos expuesto, la contestación a la demanda.