



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER 2019-2021**

**Doble Máster Acceso a la Abogacía – Derecho de la Empresa  
(GRUPO A)**

**Máster Universitario en Derecho de la Empresa (“MUDE”)  
OPCIÓN A**

**CUADRA QUINTANA, LIDIA**

## **ÍNDICE**

### **A. INFORME 1 - ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS VALORANDO LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA INICIAR ACCIONES JUDIALES**

- I.** SIGAAR VS GREED GROUP – (Acción de responsabilidad civil contractual)
- II.** SIGAAR VS CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE HABANERA O GREED GROUP – (Acción individual de responsabilidad de administradores por daños)
- III.** SIGAAR VS LA AUDITORÍA – (Acción de responsabilidad contractual o extracontractual)
- IV.** IV. NEWCO VS SR. GEKKO – (Acción social de responsabilidad)
- V.** ALTERNATIVA ESTRATÉGICA ADECUADA – (Acumulación subjetiva de acciones)

### **B. ESCRITO DE DEMANDA - SIGAAR. BV contra GREED GROUP S.A. y el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE GREED GROUP S.A.**

- I. HECHOS**
  - 1.1.** LAS PARTES
  - 1.2.** OPERACIÓN DE COMPRAVENTA DE ACCIONES. EL CONTRATO
  - 1.3.** ORIGEN DE LA DEDUDA Y LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS
  - 1.4.** LOS DAÑOS RECLAMADOS POR SIGAAR
  - 1.5.** RECLAMACIÓN DE PAGO POR VÍA EXTRAJUDICIAL

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

### **2.1 PROCESALES**

**2.1.1. JURISDICCIÓN, COMPETENCIA, ACUMULACIÓN DE ACCIONES, CUANTÍA Y PROCEDIMIENTO**

**2.1.2. CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN, LEGITIMACIÓN Y COSTAS**

### **2.2 DE FONDO**

**2.2.1 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS**

**2.2.2 SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN**

**2.2.3 INTERESES**

**2.2.4 COSTAS PROCESALES**

## **C. INFORME 2 - PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA A LA DEMANDA Y POSIBLE RECONVENCIÓN**

### **I. PREVISIÓN DE LA POSIBLE CONTESTACIÓN**

**1.1. RESPECTO A LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

**1.2 RESPECTO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS**

### **II. POSIBLE RECONVENCIÓN**

### **III. POSIBLES ARGUMENTOS DE LA DEMANDA QUE GREED GROUP PODRÍA INTERPONER CONTRA SIGAAR**

# **INFORME 1**

**ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS VALORANDO LOS  
ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA INICIAR  
ACCIONES JUDIALES.**

El presente informe tiene por objeto analizar las distintas alternativas estratégicas que se pueden sustraer y plantear en base a los acontecimientos relatados, a fin de escoger la más indicada y adecuada a los intereses de la sociedad holandesa Sigaar, BV (en adelante, “Sigaar”).

## **I. SIGAAR VS GREED GROUP – Acción de responsabilidad civil contractual**

En primer lugar, analizaremos la posibilidad que tendría Sigaar de iniciar acción civil de responsabilidad contractual contra la sociedad Greed Group, S.A (en adelante, “Greed Group”), matriz de la sociedad filial Habanera S.A.U. (en adelante, “Habanera”).

Greed Group y Sigaar formalizaron, el 20 de diciembre de 2019, los contratos de la siguiente operación:

Sigaar adquiriría el 75% de Habanera (filial de “Greed Group”) al precio fijado en el informe de revisión financiera donde fueron analizados los estados contables y principales ratios económicos financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019, y se detalló la previsión de resultados al cierre del ejercicio de 2019.

El informe fue realizado por una auditoría conocida como “Pufosa Asesores Financieros” (en adelante, “la auditoría”).

El precio estipulado en dicho informe fue el que finalmente ofreció Sigaar a cambio de las acciones correspondientes de Habanera, cuyo importe equivale a ocho veces el EBITDA (determinado mediante el informe de revisión financiera comentado) el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio de 2019.

A continuación, Greed Group y Sigaar constituirían una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución, conocida como, “Newco”, y, aportarían entre las dos el 100% del capital social de Habanera. Así, el 75% del capital social de Newco pertenecería a Sigaar y el restante 25% a Greed Group.

Los contratos de la operación comentada se elevaron a público ante notario y contenían una cláusula de declaraciones y garantías por parte de Greed Group en favor de Sigaar, con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables financieros de Habanera.

Posteriormente, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, la sociedad descubrió determinadas irregularidades contables, supuestamente cometidas por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio de 2019.

Para su acreditación el Sr. Fox (administrador mancomunado de Sigaar) mostró un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, en el que se calcula un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 euros.

Dichas irregularidades fueron manifestadas el 10 de marzo de 2020, fecha en la Sigaar también solicitó el correspondiente ajuste del precio de la compraventa en atención al EBITDA corregido. Sigaar, en mencionada fecha, se encontraba dentro del periodo de 12 meses que se acordó en la cláusula de declaraciones y garantías del contrato de compraventa de acciones (“*cláusula survival*”), periodo dentro del cual, Greed Group debería responder en caso de que hubiese conflicto o disputa en relación a la veracidad de los estados contables financieros de Habanera – tal y como se estipuló contractualmente - , y, por tanto, debería haber subsanado el defecto ajustando el precio correspondiente al EBITDA calculado por Sigaar.

Así, la responsabilidad civil contractual comentada, derivaría del incumplimiento efectuado por Greed Group respecto de la cláusula de declaraciones y garantías que se desprende del contrato de compraventa formalizado entre ambas partes, en base al cual, Greed Group, una vez constatase la veracidad del informe de Sigaar en el que fundamenta las irregularidades contables cometidas en el informe previo, debería haber efectuado el mencionado ajuste requerido por Sigaar, así como, haber respondido con la correspondiente indemnización pertinente.

Trae a colación explicar el contenido, alcance y función que ostenta la cláusula de declaraciones y garantías en un contrato, como es el caso, de compraventa de acciones sociales:

La función principal de las “declaraciones y garantías” es servir como mecanismo de aseguramiento para el comprador en caso de que el vendedor no haya revelado información cierta sobre la compañía, supuesto en el cual, deberán responder frente al comprador.

Principalmente, se establece la obligación de indemnizar con el objetivo de mantener indemne al comprador respecto de cualquier declaración que el vendedor haya manifestado sobre la empresa que no sea correcta, y que pueda ocasionar un perjuicio a la compañía o que afecte al valor que el comprador ha pagado por ella, como se desprende del caso presente.

En principio, se considera que el vendedor responderá por el simple hecho de haber garantizado una determinada circunstancia o hecho, sin importar si hubo culpa o dolo. El solo hecho de

asegurar una circunstancia al comprador que resulta ser posteriormente falsa traerá como consecuencia el deber de ser indemnizado.

La realización de manifestaciones o representaciones tiene la virtualidad de que desplaza sobre su autor, incondicionalmente, el riesgo de su falsedad. Quien afirma lo que ignora, responde, aunque no incurra en dolo. Esta regla ya procede del derecho que consideraba como vicio redhibitorio, como defecto oculto de la cosa vendida, la afirmación de la existencia de una cualidad, que luego no concurría en la cosa. En consecuencia, al hacerse manifestaciones o representaciones por parte del vendedor, se responde por la falsedad de las mismas aunque el vendedor ignorase esa circunstancia<sup>1</sup>.

Así, el vendedor, Greed Group, deberá responder frente a Sigaar. No obstante, en caso de haber estipulado entre las partes límites a la responsabilidad respecto a contingencias que surjan como consecuencia de sus declaraciones y garantías en el contrato de compraventa de acciones, deberá responder hasta ese límite. Sin embargo, del supuesto no se desprende la idea de que entre las partes hayan pactado límite alguno a la responsabilidad.

Por consiguiente, conviene analizar la prosperabilidad de la acción civil de responsabilidad contractual que Sigaar podría iniciar contra Greed Group, la cual nace de la culpa por falta de diligencia y previsión del acto cometido, que deriva en un incumplimiento y genera obligación de indemnizar.

La cuestión de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento viene recogida en el Código Civil Español en los artículos 1101<sup>2</sup> y ss. Tal disposición habrá de relacionarse con el art. 1256 CC, el cual establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio únicamente de uno de los contratantes.

La relación de los mencionados preceptos supone que las partes contratantes deberán cumplir con lo estipulado en el contrato, y en caso de que se produjese el incumplimiento del mismo, (dolo/culpa) conllevará la indemnización de daños y perjuicios.

Para que la acción civil de responsabilidad contractual prospere se deberá acreditar que existe un contrato entre las partes cuyo contenido ha sido incumplido total o parcialmente en alguna de sus

---

<sup>1</sup> CARRASCO PERERA, ÁNGEL., 2019, *Adquisiciones de empresas*, Pamplona, Ed. Aranzadi, ob. Cit., p. 379.

<sup>2</sup> “quedarán sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella”

obligaciones y que, dicho incumplimiento deriva de una falta de diligencia o previsión en el deudor, existiendo relación de causa efecto (nexo causal) entre el hecho cometido y el resultado producido y, siempre que el daño o perjuicio causado sea reparable y cuantificable.

Por ende, comprobamos que Sigaar cumpliría todos los elementos hasta ahora mencionados para poder iniciar acción civil de responsabilidad contractual contra Greed Group respecto del daño producido, el cual es reparable y cuantificable, y que, al amparo del art. 1106 CC se podrá reclamar su correspondiente indemnización no sólo en el valor de la pérdida sufrida sino también en la ganancia que se haya dejado de obtener.

También es imprescindible señalar la facultad que tendría Sigaar de resolver o exigir el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de compraventa de acciones como consecuencia del incumplimiento contractual de Greed Group al amparo del **art. 1124 del CC**. Como se puede comprobar se cumplen los requisitos para el éxito y viabilidad de la acción resolutoria establecida en el precepto mencionado: existencia de vínculo contractual vigente<sup>3</sup>, reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo<sup>4</sup>, que la parte contra la que se pretende interponer la acción haya incumplido de forma grave sus obligaciones<sup>5</sup> y, que el ejercitante de la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían<sup>6</sup>.

Así, Sigaar, podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el correspondiente resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento en caso de que éste resultare imposible.

Por todo lo expuesto, se considera viable y factible la posibilidad de Sigaar de accionar contra Greed Group al amparo de los artículos **1101, 1104, 1106, 1256 y 1124 del Código Civil** a fin de reclamar los daños irrogados por el “falseamiento” de la contabilidad que se efectuó al valorar Habanera con el propósito de aumentar el precio de sus acciones para que Sigaar tuviera que abonar más por ellas en el momento de su compra.

---

<sup>3</sup> TS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de enero de 1992

<sup>4</sup> TS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de octubre de 2007

<sup>5</sup> TS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2007

<sup>6</sup> AP de Sevilla, sec. 5ª, de 8 de julio de 2010



Consideraremos que el valor de la pérdida sufrida será el importe que Sigaar ha pagado de más, cuya cifra se extrae de restar lo pagado en función del EBITDA obtenido en el informe de la auditoría Pufosa Asesores Financiero, y el importe calculado posteriormente en el informe del departamento de contabilidad de Sigaar. Y, la ganancia perdida, será lo que Sigaar considere que ha podido dejar de obtener durante el tiempo que no ha dispuesto del sobreprecio pagado por la compra de las acciones de Habanera (p.ej. intereses legales correspondientes).

A modo conclusión hay que mencionar que, el Tribunal Supremo, ha considerado, en casos de falsedad de este tipo de manifestaciones que, estamos ante un verdadero incumplimiento contractual, que faculta al contratante a quién se dirigieron las manifestaciones y garantías del contrato, a acudir a los remedios ofrecidos en los artículos 1101 y 1124 CC.

Concretamente destaca la STS, 1ª de 19 de enero de 2001 que trata sobre un vendedor que había declarado que las cuentas de la sociedad recogían la imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa vendida, y que no existían otras contingencias asociadas a eventuales incumplimientos de las obligaciones tributarias de la sociedad que las que las cuentas reflejaban, lo cual resultó inexacto, como se comprobó al reclamar la autoridad tributaria ciertas cantidades por impuestos impagados.

Por último, también es importante comentar que, previamente a la formalización de los contratos, las partes, firmaron el 15 de noviembre de 2019, un acuerdo de intenciones en el que describieron los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, así como la fórmula de determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de la cláusula de declaraciones y garantías de 24 meses de vigencia, superior al posteriormente estipulado. El contrato de compraventa de acciones celebrado posteriormente se realizó conforme lo previsto en el acuerdo de intenciones con la única diferencia de que el tiempo de vigencia de las declaraciones y garantías estipuladas en el contrato es de 12 meses.

Así, nos preguntamos: ¿Es vinculante para las partes el acuerdo de intenciones?

Pues bien, al no estar regulado este concepto en el ordenamiento jurídico español y no haber una definición normativa del mismo, se estará a lo dispuesto doctrinal y jurisprudencialmente.

En algunos casos, los tribunales han entendido que dichos documentos no tienen efecto vinculante, en otras ocasiones, han entendido que son meras conversaciones y, por tanto, no precontratos o contratos. También hay sentencias que estiman que los citados documentos son tratos preliminares que impiden a las partes retractarse de lo acordado en ellos, e incluso, hay pronunciamiento que optan por considerar que son precontratos.

Destaca la STS de 11 de abril de 2000 la cual comenta que, *“no era un tal sino un pacto de intenciones, un acuerdo de futuro que no llega, por falta de configuración definitiva, al precontrato unilateral que es la opción y constituye jurídicamente unos tratos preliminares que no vinculan en su eficacia contractual”*. Así como, la STS de 3 de junio de 1998<sup>7</sup> que entendió que el documento no era un precontrato sino un acuerdo de intenciones.

En suma, la STS de 11 de abril de 2000 al considerar que, en ese caso, se trataría de *“un acuerdo para una futura transmisión, que no han perfilado con detalle mínimo que sería preciso para ser considerado algo más, jurídicamente, que tratos preliminares, puesto que el objeto no está perfectamente determinado”*.

Para el Tribunal Supremo los acuerdos de intenciones formarían parte de los tratos preliminares y se caracterizan por la falta de determinación de su objeto. También se encuentran pronunciamientos reveladores como la SAP de Vizcaya de 13 de octubre de 2000 que considera el documento como *“un borrador con esquema contractual en el que mínimamente se recogiese la prefigura de la relación jurídica”* o la SAP de Barcelona de 26 de julio de 2004 donde una negociación para la compra de una sociedad se firma en documento privado calificado por las partes como carta de intenciones, encontrándose el mismo dentro de las negociaciones de un contrato ya proyectado, no obligado a celebrarlo, pero si a negociar de buena fe y a cumplir lo establecido en él.

En conclusión, el acuerdo de intenciones podrá ser o no vinculante entre las partes debiendo estar al caso concreto. A nuestro juicio, en este caso, su finalidad consistía en limitar los riesgos que se podrían producir en una negociación abierta y sin compromiso, vinculando a ambas partes a un determinado curso de conducta futura. Greed Group y Sigaar, posteriormente al acuerdo de intenciones, cambiaron la vigencia de la cláusula de declaraciones y garantías estipulada en el acuerdo en la firma del contrato y, ambas de conformidad firmaron el contrato final de compraventa de acciones. Así, en el presente supuesto no es relevante considerar si el acuerdo de intenciones es o no vinculante entre las partes ya que prima el contrato formalizado entre ambas y elevado a público ante notario.

---

<sup>7</sup> STS de 3 de junio de 1998: *“El documento, en suma, no sería más que el punto de partida para seguir negociando”* entendiendo éstos como acuerdos de negociación. También señala que, *“el acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima proyectada, sin que su libertad contractual para alcanzar acuerdos posteriores se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza”*.

## **II. SIGAAR VS CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE HABANERA O GREED GROUP – Acción individual de responsabilidad de administradores por daños**

En segundo lugar, analizaremos la responsabilidad que podría recaer en el Consejo de administración de Greed Group y Habanera cuya dirección se compone del mismo órgano de administración, siendo el Sr. Gordon Gekko, presidente del Consejo de Administración tanto de la sociedad matriz como de la filial.

La acción de responsabilidad de los administradores de Habanera (o Greed Group) derivaría de lo que se expone a continuación:

El 10 de marzo de 2020, se reunieron en Miami Beach los representantes de Sigaar y de Greed Group en cuyo encuentro el Sr. Fox manifestó que había descubierto determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019 a fin de aumentar el precio de sus propias acciones.

La responsabilidad recaería sobre el Consejo de Administración de Habanera al no haber cumplido diligentemente con su trabajo en la elaboración fehaciente y sensata de las cuentas de la sociedad con el supuesto objetivo de lucrarse incrementando así el EBITDA y por consiguiente el precio de las acciones. No obstante, como comentábamos al principio, la sociedad matriz Greed Group (dominante) está dirigida por el mismo órgano de administración que Habanera (dominada) por lo que es importante percatarse de que podría exigirse la responsabilidad respecto del órgano de administración de la dominante (Greed Group) y no respecto del órgano de administración de la filial dominada (Habanera) ya que, aunque los administradores integrantes de los dos órganos de administración sean los mismos y, por tanto, deban responder igualmente, no es lo mismo deber de responder respecto de una sociedad que respecto de la otra.

Si bien, Greed Group es la sociedad matriz de un grupo empresarial con filiales en distintos países, siendo, Habanera, su filial española.

Trae a colación definir el concepto de grupo que se encuentra regulado en el actual art. 42 del Código de Comercio el cual establece las situaciones en las que se presume que existe control por parte de la sociedad dominante (Greed Group) sobre las dependientes (Habanera): (i) poseer la mayoría de los derechos de voto, ya sea por sí mismas o por medio de pactos o acuerdos con otros

socios; y (ii) poseer la mayoría en el órgano de administración, bien por haber nombrado a la mayoría o por poderla nombrar o sustituir.

De lo expuesto se deduce que, lógicamente, Greed Group es quien controla la sociedad Habanera en todos los sentidos al dirigirse por el mismo órgano de administración existiendo una unidad de dirección en ambas. Así, podría considerarse a la matriz como administrador de hecho de la filial ya que la matriz de manera directa y externa, con conocimiento y consentimiento de la filial ha venido gestionando ésta de manera continuada y efectiva.

Por consiguiente, la cuestión que nos planteamos es: si Sigaar debería dirigir la acción de responsabilidad contra el órgano de administración de Habanera o podría hacer responsable al órgano de administración de Greed Group (matriz del grupo) al ser ésta quien controla la filial.

Como regla general, las sociedades que forman parte de un grupo empresarial son entidades diferenciadas y gozan de propia personalidad jurídica por lo que se deberá respetar la misma y, por tanto, el alcance de la responsabilidad de las obligaciones que se asuman por ella<sup>8</sup>.

Sin embargo, hay supuestos en los que se puede atribuir la responsabilidad a la sociedad matriz. Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 que aborda la responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital que forman parte de grupos de sociedades. Dicha sentencia se encuentra inspirada, aunque no se diga expresamente, en la regulación contenida en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (en adelante, “ACM”), por ello merecerá especial atención mencionar algunos de sus artículos.

El art. 291-12 ACM legitimaría activamente a cualquier socio de la sociedad dependiente para ejercer la acción de responsabilidad contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente, legitimación que extendería a cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad (reproduciendo, casi literalmente, el art. 240 LSC).

Este supuesto de responsabilidad, al que denominaremos por “instrucciones perjudiciales”, constituye una absoluta novedad respecto al Derecho de Sociedades en vigor. Es cierto que conforme a la disciplina establecida por la LSC el socio puede ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores de derecho y de hecho, categoría esta última en la que se puede encuadrar a la sociedad dominante y a sus administradores. Pero el supuesto del art. 236 LSC requiere acreditar la cualidad de administrador de hecho de la sociedad matriz o de sus

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm 80/2014, de 28 de febrero.

propios administradores, concepto que la jurisprudencia ha ido configurando a falta de una noción explícita en el Ordenamiento jurídico español.

La disciplina proyectada supone un reconocimiento expreso de la posibilidad de que tanto la sociedad dominante como sus administradores puedan incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ciertas instrucciones impartidas desde la sociedad matriz puedan causar a la sociedad dependiente. A falta de una norma como la del art. 291-12 ACM, se han producido varios hitos importantes en materia de responsabilidad de administradores de las sociedades del grupo entre las que destaca la siguiente: Que los socios externos funden su reclamación en el deber de fidelidad del socio de control y en la doctrina de los administradores de hecho (mediante una interpretación amplia de los arts. 1.258 CC y 236 LSC), entendiendo que la propia sociedad matriz y sus administradores son administradores de hecho de las sociedades dependientes del grupo, lo cual es más notorio en los grupos centralizados, en los que la matriz sea el socio único o muy mayoritario en las sociedades dependientes y cuando los órganos de administración sean idénticos en la sociedad matriz y otras sociedades del grupo.

A la “responsabilidad por instrucciones perjudiciales”, le resultan de aplicación los requisitos generales establecidos en el art. 236 y ss. LSC (arts. 215-14 a 215-21 ACM). Así, se contempla la responsabilidad solidaria de la propia sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente. Son presupuestos de esta responsabilidad: una acción consistente en la impartición, por los administradores de la sociedad dominante, de instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente; un daño o perjuicio causado a la sociedad dependiente que no se haya compensado con el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo de sociedades; y una relación de causalidad entre la acción y el daño causado (art. 291-12.1 ACM).

En definitiva, en base a lo anteriormente expuesto, consideramos que la acción de responsabilidad de administradores por daños podría dirigirse contra el Consejo de Administración de Greed Group al poder considerarse administrador de hecho de la sociedad Habanera al tener ambas sociedades el mismo órgano de administración y, por tanto, unidad de dirección.

Una vez conocemos a quién debe ser exigida la responsabilidad por las irregularidades contables acontecidas en las cuentas de Habanera procederemos a explicar como aplica el régimen de responsabilidad de los administradores.

En el presente supuesto se podría plantear **acción individual de responsabilidad por daños** frente a los administradores de Greed Group al amparo del artículo 241 de la LSC.

La acción individual se puede interponer cuando el patrimonio perjudicado es el de los socios o terceros, en este caso, terceros, en beneficio de quien la reclama (Sigaar)<sup>9</sup>. Es una acción indemnizatoria personal que trata de defender y restaurar el patrimonio individual de aquellas personas, socios o terceros acreedores o no, que han visto lesionados directamente sus intereses sufriendo daño en su propio patrimonio por la actuación de los administradores de la sociedad. Al ser una acción que se enmarca en el régimen general de la responsabilidad por daños, resultarán de aplicación los principios generales que se rigen en dicha materia (acto u omisión negligente, daño y nexo causal) y que se explicarán a continuación.

En primer lugar, debemos estudiar contra quién se podrá interponer mencionada acción ya que, podemos deducir, de la información ofrecida, que, podría recaer mayor responsabilidad sobre el Sr. Gekko, presidente del Consejo de Administración de Greed Group, al suponer que es quien ha “liderado” la operación de compraventa de acciones y quien ha estado al frente de la formalización de los contratos en base al precio estipulado en el informe de la auditoría, así como, quien ha sido participe del cruce de emails “subidos de tono” con el Sr. Fox donde se discutía el sobreprecio del EBITDA. Por tanto, se podría entender que es quién ha tomado las decisiones respecto de la operación concluida.

Sin embargo, el presidente del Consejo de Administración está sujeto al mismo régimen de responsabilidad que el resto de los administradores (solidaria) sin que se prevea para los mismos especialidad alguna, con la única matización de que pudiera tener fijadas legalmente determinadas obligaciones específicas incurriendo el presidente en responsabilidad específica cuando el incumplimiento se verifique en alguna de dichas obligaciones y produzca daños o perjuicios a terceros.

Como no se conoce que el presidente del consejo tenga atribuidas responsabilidades específicas frente a las cuales deba responder, ni se dice nada al respecto de que los demás administradores hayan mostrado su disconformidad con los actos llevados a cabo por el Sr. Gekko o no conocieran la existencia de los mismos, se deberá aplicar el régimen de responsabilidad de carácter solidario al amparo de lo dispuesto en el art. 237 LSC, según el cual todos los miembros del órgano de administración responderán solidariamente salvo que prueben que, sin haber intervenido en su adaptación o ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

---

<sup>9</sup> TS 21-5-85 , EDJ 7364; 8-5-90 , EDJ 4811; 5-12-91, EDJ 11570; 26-2-93 , EDJ 1895; 29-12-00, EDJ 55640.

Una vez conocemos y entendemos que los administradores deberán responder solidariamente, expondremos los requisitos y circunstancias que deben concurrir para poder exigir responsabilidad por daños a los administradores, a fin de constatar que nos encontramos en potestad de reclamarlos.

En primer lugar, conviene destacar la STS de 25 de junio de 2012 (EDJ 2012/205511) que declara que, para exigir responsabilidad al administrador es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; (ii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; (iii) que la sociedad sufra un daño; y, (iv) que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

A continuación, analizaremos si concurren los requisitos:

(i) Acto infringiendo los deberes inherentes al cargo (art. 236 LSC)

En primer lugar, el daño producido por el órgano de administración de Greed Group emana de un acto/omisión realizado incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo interviniendo dolo o culpa (art. 236.1 LSC). La responsabilidad nace del incumplimiento por parte del Consejo de Administración de reflejar una imagen fiel de la contabilidad de la sociedad Habanera y, por tanto, la falta de actuar y desempeñar el cargo cumpliendo los deberes impuestos por la ley y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario (Art. 225 LSC).

Destaca la STS del 13 de diciembre de 2004 (EDJ 225022) mediante la cual, se considera infracción del deber de administrar diligente y lealmente por parte de los administradores el incumplimiento de un contrato que obliga a la sociedad que administran cuando: su intervención es decisiva en el incumplimiento y que, como consecuencia de dicha actuación, se causan daños económicos a un tercero. Así como la SAP Navarra 15 febrero 1995<sup>10</sup>.

La responsabilidad de los administradores respecto de la formulación de las cuentas anuales viene determinada en el Código de Comercio (CCo) y en la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

En este sentido destaca el art. 34.2 del CCo el cual indica que, *“las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de*

---

<sup>10</sup> “Por diligencia debe entenderse el cumplimiento de la «conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial.”

*los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales (...)*". Así como el art. 253 de la LSC, *"los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (...)"*. Podemos comprobar que la normativa señala como máximos responsables de la imagen fiel de las cuentas anuales a los administradores.

Por otra parte, el art. 268 LSC establece, en caso de que las cuentas anuales estén auditadas, como ocurre en el presente supuesto, cuyas cuentas anuales han sido auditadas por Pufosa Asesores financieros, que, *"el auditor de las cuentas comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio."* Entonces aquí podría surgir la duda de qué sucede en materia de responsabilidad si las cuentas anuales están revisadas por auditor, pues bien, este es el momento en el que debemos acudir al art. 236 de la LSC según el cual, *"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 a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa."*

De este modo, independientemente de la responsabilidad civil que se le puede exigir al auditor por el incumplimiento de sus obligaciones conforme a la Ley de Auditoría, su actuación no supone un eximente a la responsabilidad de los administradores.

Por tanto, la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por la falta de imagen fiel en las cuentas anuales recae en los administradores.

#### (ii) Daño consecuencia del acto infringido

La existencia del daño es requisito esencial para poder exigir la responsabilidad al órgano de administración<sup>11</sup>. El daño puede ser tanto daño material como daño moral.

El daño material es entendido como el menoscabo patrimonial comprendido en el desembolso efectivo (daño emergente) y la gananciera frustrada o que se haya dejado de obtener (lucro cesante), siendo el daño causado por el Consejo de Administración de Greed Group a Sigaar, material.

---

<sup>11</sup> La jurisprudencia es unánime en la exigencia de daño para que surja la responsabilidad del administrador: TS 12/04/89, EDJ 3888; 13/02/90, EDJ 1413; 05/03/92, EDJ 2139)



El daño emergente será el importe que Sigaar ha pagado de más, cuya cifra se extrae de restar lo pagado en función del EBITDA obtenido en el informe de la auditoría Pufosa Asesores Financiero, y el importe calculado posteriormente en el informe del departamento de contabilidad de Sigaar. Y, el lucro cesante será lo que Sigaar considere que haya podido dejar de obtener durante el tiempo que no ha dispuesto del sobreprecio pagado por la compra de las acciones de Habanera (p.ej. intereses legales correspondientes).

### (iii) Culpa o dolo

Se exige la voluntariedad en la conducta del órgano de administración para que exista culpa y por tanto surja su responsabilidad.

La responsabilidad por daños está basada estrictamente en incumplimientos a título de dolo o culpa en cualquiera de sus gradaciones<sup>12</sup>.

No se deduce, en ningún momento, que el Consejo de Administración de Greed Group hubiera actuado con falta de voluntariedad o con vicios en el consentimiento (coacción, error sustancial, violencia etc.)

### (iv) Relación de causalidad

El acto u omisión ilícito del órgano de administración debe ser la causa del resultado dañoso.

La necesidad de que concurra el nexo causal entre el acto u omisión culposa del administrador y el daño es señalada de forma reiterada por la jurisprudencia<sup>13</sup>.

Podría considerarse que, el Sr. Gekko, ha actuado ilícitamente (acto ilícito) frente a Sigaar, al poder entender que éste era plenamente consciente de la irregularidad acontecida en las cuentas de la sociedad Habanera, pudiéndose considerar que fue quién las pudo manipular. Así como que, los restantes administradores del órgano de administración, omitieron ilícitamente (omisión ilícita) la irregularidad en las cuentas de la sociedad, a sabiendas de que, el Sr. Gekko las podría haber manipulado. Pero esto solo son suposiciones que se podrían pensar.

---

<sup>12</sup> SAP La Rioja 17/11/2006, EDJ 340981

<sup>13</sup> TS 03/04/1990, EDJ 3686; 13/02/1990, EDJ 1413; 04/11/1991, EDJ 10405; 10/05/2017, EDJ 66155

No obstante, como consecuencia de la irregularidad contable cometida por el consejo de administración de Green Group, la cual podría ser considerada como un acto dañoso si se pudiera entender que se ha realizado conscientemente, u omisión dañosa, en caso de entender que se tenía conocimiento acerca de la misma pero no se hizo nada para poder evitar el daño, Sigaar ha sufrido un daño en su patrimonio. Por lo tanto, es obvia la existencia del nexo causal entre el acto/omisión realizado por el consejo de administración de Greed Group y el resultado dañoso producido en Sigaar.

Por lo expuesto, se deduce que, concurren las circunstancias y requisitos para poder iniciar la reclamación de responsabilidad por daños contra el consejo de Greed Group la cual traerá como consecuencia la obligación de estos a reparar, solidariamente, el daño causado, mediante la correspondiente indemnización. Como se ha explicado, responderán solidariamente todos los administradores que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo lesivo (o incurrieron en omisión dañosa)<sup>14</sup>.

Las dificultades que se plantean a la hora de atribuir o imputar las correspondientes responsabilidades han quedado resueltas gracias al establecimiento de una presunción de culpa de todos y cada uno de los miembros del órgano administrativo pluripersonal, lo que supone una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpa (art. 236 LSC).

Por tanto, Sigaar no tendrá que probar la culpa de todos y cada uno de los componentes del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo o incurrió en la omisión dañosa pudiéndose iniciar la acción individual de reclamación de daños contra el órgano administrativo de Greed Group.

No obstante, la solidaridad en la culpa no significa que quien ejercita la acción no tenga que probar la existencia de culpa, sino que, acreditada la existencia de culpa en el acto o acuerdo lesivo (u omisión), esta se presume colectiva y el administrador que pretende eximirse tiene que acreditar que dicha culpa no le alcanza. En consecuencia, el que pretende ejercitar la acción de responsabilidad debe probar que el daño es consecuencia del acto culposo del órgano de administración, pero no tiene necesidad de probar la culpa de sus miembros (Rodríguez Artigas).

Por último, por aplicación de las reglas de carácter general sobre las obligaciones solidarias, quien ejercita la acción de responsabilidad podrá dirigirse indistintamente contra cualquiera de los administradores, contra varios de ellos o contra todos ellos. La reclamación hecha contra uno no

---

<sup>14</sup> TS 14/03/2007, EDJ 20993.

impedirá formular nuevas reclamaciones contra los demás, en caso de que la deuda no haya sido satisfecha totalmente. Por tanto, Sigaar no tendrá por qué demandar a todos los miembros del órgano de administración de Greed Group, sin que pueda prosperar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando la demanda no se dirige contra la totalidad de los miembros de órgano de administración.

### **III. SIGAAR VS LA AUDITORÍA – Acción de responsabilidad contractual o extracontractual**

Como bien se ha expuesto con anterioridad, en caso de que las cuentas anuales de una sociedad deban ser auditadas y, con posterioridad al auditaje de las mismas, se descubriese que no reflejan la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad, acreditando las irregularidades contables en las mismas, se podrá exigir responsabilidad civil al auditor respecto del incumplimiento de sus obligaciones conforme a la Ley de Auditoría.

En el presente supuesto, la auditoría Pusofa Asesores Financieros fue quien realizó el informe financiero donde se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados de cierre del ejercicio 2019, a fin de orientar el importe que Sigaar debería abonar por las acciones de Habanera en la operación de compraventa de las mismas.

Sigaar, a la vista de la documentación que fue facilitada por la auditoría, ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a un EBITDA superior respecto del posteriormente al acreditado y descubierto por el departamento financiero de Sigaar.

Por tanto, a la vista de los hechos, podemos entender que, la auditoría Pufosa Asesores Financieros es también responsable respecto del daño ocasionado a Sigaar al no haber mostrado la imagen fiel del patrimonio de Habanera.

La Ley de Auditoría de Cuentas 22/2015, de 20 de julio (en adelante, “LAC”), dedica el art. 26<sup>15</sup> a la responsabilidad civil.

---

<sup>15</sup> “1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo. 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”.

Así, dependiendo de la vinculación que el perjudicado tenga con la entidad auditada, podremos distinguir entre responsabilidad civil contractual o extracontractual.

En el presente caso, a mi juicio, se trataría de responsabilidad civil contractual ya que de la información obtenida se puede entender que, al haber sido elegida por Sigaar la auditoría Pufosa Asesores Financieros a la que se le encomendó el informe financiero, fue éste quien contrató con la auditoría para la realización del informe. Así, la auditoría deberá responder de los daños y perjuicios que se deriven de sus obligaciones legales, es decir, las que se hubieren contraído en la firma del contrato. Cabe hacer mención a la Sentencia de 31 de octubre de 2007<sup>16</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 70.1 de la LAC se podría exigir la responsabilidad de “a. los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría y demás entidades de auditoría; b. en caso de infracciones cometidas por las sociedades de auditoría derivadas de un determinado trabajo de auditoría, tanto estas como los auditores de cuentas, socios o no, que hayan firmado el informe de auditoría en nombre de aquellas”. La acción de responsabilidad civil contractual, a la vista de los hechos, deberá de interponerse contra la auditoría Pufosa Asesores Financieros.

Por tanto, en base al art. 26.2 de la LAC, se podrá exigir a Pufosa Asesores Financieros responsabilidad civil contractual por daños derivados por incumplimiento de contrato al amparo de lo dispuesto en los artículos 1101, 1106, 1256 y 1124 del Código Civil y cuantificando el daño sufrido por Sigaar de manera idéntica al expresado en las dos acciones explicadas anteriormente en este informe.

Sin embargo, también podría entenderse que, aunque la firma de auditoría haya sido elegida por Sigaar, el contrato pudo haber sido formalizado entre Habanera y la auditoría, y, por consiguiente, en caso de ser así, se entenderá que Sigaar podría accionar respecto la auditoría por responsabilidad civil extracontractual y no, por tanto, contractual. Destaca la STS de 27 de mayo de 2009<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>STS 31/10/07, “la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo –el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 del Código Civil<sup>12</sup> - y otro subjetivo- la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe- “.

<sup>17</sup> STS 27/05/09, “la reclamación formulada tiene carácter extracontractual, pues los demandantes actúan en interés propio, como accionistas de la sociedad y no en defensa del interés social”, así como que “la reclamación dirigida por los socios contra los autores en defensa de sus propios intereses tiene carácter extracontractual, dado que quien ejercita la acción es un sujeto distinto de la sociedad que celebró el contrato con los auditore

Así, en caso de ser los acreedores de la entidad auditada los que ejercitan la acción de responsabilidad, ésta será extracontractual (Art. 1902 CC).

En conclusión, una vez analizadas las dos opciones, consideramos que no tenemos datos e información suficiente para conocer si se trata de una acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual y, por tanto, no podemos aconsejar actualmente a Sigaar de accionar contra la auditoría Pufosa Asesores Financieros. Está claro que la auditoría podría ser responsable de los hechos acontecidos, pero necesitaríamos más información al respecto para poder exigir los daños correspondientes.

#### **IV. NEWCO VS SR. GEKKO – Acción social de responsabilidad**

Como bien se ha expuesto anteriormente, Sigaar y Greed Group constituyeron la sociedad “*Newco*”, cuya administración se encomendó al Sr. Fox siendo designado como administrador único de la misma. Sin embargo, la gestión diaria de la sociedad se dejó en manos del Sr. Gekko por ser quien manejaban los contactos en el mercado caribeño y en España.

El problema que se plantea en este supuesto es que Sigaar, considera que el Sr. Gekko no está actuando diligentemente en la gestión de la sociedad por considerar que está dificultando el establecimiento de un canal de distribución online de los productos de la empresa a fin de evitar el hundimiento de las ventas causadas por la crisis de la pandemia. Además, Sigaar sospecha que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando la clientela, pudiendo estar incurriendo en una posible infracción de competencia desleal frente a la sociedad.

Por todo ello, Sigaar considera oportuno despojar al Sr. Gekko de todas sus funciones de gestión en Newco.

En las siguientes líneas se valorará la posibilidad de acción que tendría Sigaar respecto del Sr. Gekko con el propósito de valorar la viabilidad de la misma.

En primer lugar, el Sr. Gekko podría ser perfectamente considerado lo que se llama administrador de hecho respecto de la Newco.

El administrador de hecho se caracteriza porque carece de la designación formal de administrador, pero desarrolla una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad

la cual se realiza de forma sistemática y continuada, prestándose de forma independiente con poder autónomo de decisión y con respaldo de la sociedad<sup>18</sup>.

Por tanto, se podría entender que el Sr. Gekko es administrador de hecho en Newco.

Así, el administrador de hecho es considerado responsable por el daño que, como consecuencia de actos contrarios a la ley, a los estatutos o realizados sin la diligencia propia de los administradores de derecho, causa a los terceros, a los socios o a la propia sociedad (art. 236.3 LSC).

Una vez se considera al Sr. Gekko como administrador de hecho de Newco, le serán de aplicación todos los derechos y deberes que se integran en el desempeño del cargo de administrador. Por tanto, de la información obtenida acerca de las actuaciones del Sr. Gekko respecto de Newco, podría decirse que éste está realizando actos incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, es decir, actos realizados sin la diligencia debida o con infracción del deber de lealtad.

El Sr. Gekko podría haber infringido el deber general de diligencia dispuesto en el art. 225 LSC, en caso de poder probarse su actuación negligente de dificultar el establecimiento de un canal de distribución online y, el deber de lealtad dispuesto en el art. 227 LSC, en caso de que se acreditase por parte de Sigaar la sospecha de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando la clientela, pudiendo estar incurriendo también en un acto de competencia desleal frente a la sociedad.

Para poder paralizar los actos negligentes y desleales que podría estar infringiendo el Sr. Gekko y exigirle la responsabilidad por los daños causados a la sociedad en su calidad de administrador de hecho, existe la acción judicial llamada acción social (Art. 238 LSC).

La acción social de responsabilidad es una acción de carácter indemnizatorio que pretende el resarcimiento de los daños directos que la sociedad ha sufrido como consecuencia de la actuación de los administradores. Deberá ser interpuesta por la propia sociedad que está sufriendo el daño, es decir, Newco.

La adopción de promover la acción social (aprobada por la junta general), determinará la destitución (cese) del administrador afectado constituyendo, la destitución, una consecuencia implícita o efecto secundario del acuerdo social, sin que sea preciso que la acción llegue a ejercitarse judicialmente de manera efectiva, ni que la responsabilidad quede confirmada

---

<sup>18</sup> TS 08/04/2016, EDJ 34904, con cita a las sentencias de 22/07/2015 y 04/12/2012, EDJ 335882

judicialmente<sup>19</sup>. La destitución o cese se producirá con carácter definitivo, aun en el supuesto de que, ejercitada la acción social, se desestime la demanda de la sociedad.

Por tanto, a modo conclusión, si el interés que tiene Sigaar es despojar al Sr Gekko de todas sus funciones de gestión en Newco, la sociedad deberá conseguir la mayoría requerida (1/3) en la junta general (debidamente convocada o universal) para alcanzar el acuerdo de ejercicio de acción social contra las actuaciones en las que haya incurrido el Sr. Gekko, a fin de provocar la destitución en el cargo que tenía encomendado, prospere o no la acción judicial de acción social que se inicie con posterioridad.

De todas formas, aunque podría iniciarse mencionada acción contra el Sr. Gekko, será descartada por el momento al no ostentar datos, información y pruebas suficientes como para acreditar que el Sr. Gekko está cometiendo los actos descritos en este apartado.

#### **V. ALTERNATIVA ESTRATÉGICA ADECUADA – Acumulación subjetiva de acciones**

Una vez hemos comentado las diferentes alternativas estratégicas que tendría Sigaar para defender los intereses que tiene en juego, en base a toda la información que ha sido sustraída y facilitada por el presente supuesto, explicaremos a continuación la estrategia procesal elegida y, por tanto, la actuación más adecuada que plantearemos a nuestro cliente.

Como podemos comprobar, tenemos datos y argumentos suficientes para iniciar acción civil de responsabilidad contractual por incumplimiento de contrato contra la sociedad Greed Group, así como, para iniciar acción individual de responsabilidad por daños frente el órgano de administración de Greed Group.

Para la acción civil de responsabilidad contractual sería competente la jurisdicción civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”) y los artículos 36 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) y, la competencia objetiva para conocer de la acción correspondería a los Juzgados de Primera Instancia, en virtud de los artículos 85 de la LOPJ y 45.1 de la LEC.

Para la acción individual de responsabilidad por daños frente al órgano de administración de Greed Group sería competente el orden jurisdiccional civil por tratarse de acciones de carácter

---

<sup>19</sup> STS 08/05/1990

civil, sin embargo, la competencia objetiva para conocer de las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales correspondería a los Juzgados de lo Mercantil de acuerdo con el artículo 86 ter 1.6°.

No obstante, interesa estudiar el modo y las distintas posibilidades que el ordenamiento jurídico español nos brinda para iniciar ambas acciones de forma conjunta en misma demanda y ante un único órgano judicial. Para ello, procederemos a explicar el contenido que integran tanto el artículo 12.1 así como los artículos 72 y 73 de la LEC.

El art. 12.1 de la LEC integra lo que se conoce como “litisconsorcio voluntario”, cuyo término describe dos fenómenos procesales: la acumulación subjetiva de acciones y el proceso único con pluralidad de partes.

El litisconsorcio voluntario, que no es sino el de acumulación, consiste en facilitar el tratamiento conjunto de problemas de naturaleza semejante. Para saber cuales son los presupuestos y efectos del litisconsorcio voluntario, necesariamente nos tenemos que remitir a lo dispuesto en el art. 72 de la LEC relativo a la regulación legal de la acumulación subjetiva de acciones.

Siendo tanto el litisconsorcio voluntario como la acumulación subjetiva de acciones dos formas de una misma manifestación, es lógico que se exija como condición o presupuesto para que las partes comparezcan en el proceso unidas, tanto en el art. 12.1 como en el art. 72 de la LEC, que las acciones provengan de un mismo «título» o «causa de pedir». Más concretamente, en el art. 72<sup>20</sup>.

En este sentido, en el último párrafo del art. 72 de la LEC se indica que el «título» o «causa de pedir» es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. Por tanto, del tenor literal de este artículo se desprende que lo importante para permitir el litisconsorcio voluntario o la acumulación subjetiva de acciones son los hechos y no su fundamentación jurídica

Entendemos que, siendo el litisconsorcio voluntario nada más que una acumulación subjetiva de acciones, la norma contenida en el art. 12.1 de la LEC resulta innecesaria y podría haberse eliminado sin ninguna dificultad ya que, como acabamos de ver, genera confusión en cuanto se refiere al ámbito de aplicación. No obstante, se trata de una divergencia más aparente que real ya que la intención del legislador al regular en el art. 12.1 la pluralidad de partes es la de dejar

---

<sup>20</sup>Art. 72 LEC: “podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir”.

En este artículo además se aclara el significado de «título» o «causa de pedir» al disponer que “el «título» o «causa de pedir» es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.



constancia de la existencia de tal posibilidad en el proceso civil pero no la de regular exhaustivamente en ese precepto todos los requisitos. Ello, entendemos, se hace en el art. 72.1 de la LEC al concretar la acumulación de acciones.

Además de los requisitos contemplados en el art. 12.1 de la LEC, es decir, que las acciones se funden en el mismo «título» o «causa de pedir», son presupuestos del litisconsorcio voluntario los que se prevén para la acumulación de acciones en el art. 73.1 de la LEC y esto se debe a que toda acumulación subjetiva de acciones es, a la vez o además, una acumulación objetiva de acciones, por lo que nos remitimos al comentario que se efectúe del art. 73 de la LEC.

La finalidad primordial del litisconsorcio voluntario es la de lograr la economía procesal mediante la discusión de los distintos asuntos en un único procedimiento y resolviéndolos en una sola sentencia. Sería antieconómico que un demandante que pretende plantear varias pretensiones contra una persona (acumulación objetiva de acciones) o contra varias (acumulación subjetiva de acciones), tuviera que hacerlo en distintas demandas, ya que ello provocaría un incremento notable de los gastos procesales y del tiempo empleado en los distintos procedimientos

Por todo lo expuesto, recomendaremos a Sigaar optar por integrar en una sola demanda ambas acciones al amparo del artículo 72 de la LEC ya que claramente ambas acciones se fundan en los mismos hechos y provienen de un mismo título o causa de pedir.

La identidad de título o de causa de pedir hace referencia a la conexión propia, esto es, a que las pretensiones se funden en unos mismos hechos, que sea el mismo fundamento fáctico de la causa de pedir de las distintas pretensiones, característica que se da en el presente supuesto.

El problema que se plantea en el presente supuesto respecto de acumular ambas acciones es que, una acción correspondería a los Juzgados de Primera Instancia (acción de responsabilidad civil contractual contra Greed Group) y, en cambio, la otra acción correspondería a los Juzgados de lo Mercantil (Acción individual de responsabilidad por daños del Consejo de Administración de Greed Group) por tanto, es importante explicar que:

Este conflicto se ha planteado en varias ocasiones ante los tribunales españoles, la duda de si el tercero, puede acumular en un mismo proceso la acción de reclamación de la deuda contra la sociedad (acción de cumplimiento de contrato) y la acción de responsabilidad del administrador derivada de la deuda (incumplimiento), y, en caso de ser acumulables, se ha planteado también la duda de cuál debe ser el órgano judicial competente para conocer de ambas acciones, el de primera instancia o el juzgado de lo mercantil.

Esta cuestión dio lugar a una viva polémica entre los tribunales, con opiniones en todos los sentidos, que fueron zanjadas por el Tribunal Supremo, el cual declara que, para evitar al acreedor una duplicidad de procesos, la acción de reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil y la acción de responsabilidad de los administradores (por las deudas de dicha entidad mercantil) pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso ante los juzgados de lo mercantil (**TS Pleno 10-9-12, EDJ 245435**). En la medida que la LEC no permite directamente la acumulación de ambas acciones, que deberían teóricamente tramitarse ante órganos judiciales diferentes, el TS funda esta solución en el derecho a la tutela judicial efectiva y en la estrecha vinculación entre dichas acciones.

Por tanto, la sentencia citada es perfectamente aplicable al caso concreto y ambas acciones se podrán acumular ante los Juzgados de lo Mercantil, explicación que se fundamentará en el escrito de demanda.

# **ESCRITO DE DEMANDA**

**SIGAAR. BV contra GREED GROUP S.A. y el CONSEJO  
DE ADMINISTRACIÓN DE GREED GROUP S.A.**

**AL JUZGADO MERCANTIL DE MADRID**

**QUE POR TURNO CORRESPONDA**

Procedimiento:	<b>Procedimiento ordinario</b>
Demandante:	<b>Sigaar, BV</b>
Procuradora:	<b>Yolanda Quintana López</b>
Demandado:	<b>Greed Group, S.A. y Consejo de Administración de Greed Group</b>
Objeto del escrito:	<b>Escrito de demanda de juicio ordinario</b>

**SIGAAR, BV**, con N.I.F. B 12.345.678 (en adelante, “**SIGAAR**”), con domicilio a efectos de notificaciones en Hofplein 44 (3032 AC), Amsterdam, por medio de la Procuradora de los Tribunales **Dña.Yolanda Quintana López**, según se acredita mediante copia de escritura de poder que se acompaña como **documento 0**, y bajo la dirección de la letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid Lidia Cuadra Quintana (Col. Nº 123.456), ante este Juzgado comparezco y DIGO:

Que en la representación que ostento y siguiendo instrucciones de mi mandante, por medio del presente escrito vengo a presentar **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO**, en reclamación de una deuda que en este momento se estima de **UN MILLÓN SEISCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS EUROS** (1.606.096 €) contra la sociedad **GREED GROUP, S.A.** con N.I.F B. 56.789.123 y domicilio en Calle de Muro, nº 14, 28015, Madrid (en adelante “**GREED GROUP**”) y contra el **CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN** de **GREED GROUP** con domicilio en Calle de Muro, nº 14, 28015, Madrid (en adelante “**Consejo de Administración**”).

Que la presente demanda se interpone con base en los siguientes

## HECHOS

### **PRIMERO.- LAS PARTES**

#### **1. GREED GROUP S.A. y el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE GREED GROUP**

1. GREED GROUP, S.A. (en adelante “GREED GROUP”), es una sociedad española cuyo objeto social es la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, entre los que destacan la gomina, la confección de trajes, esmóquines, fracs, así como, la prestación de servicios de coctelería internacional.
2. GREED GROUP está dirigida por un Consejo de Administración cuya presidencia la ostenta el Sr. Gordon Gekko, de nacionalidad australiana, desde el 2007.
3. Es la sociedad matriz de un importante grupo empresarial con filiales en Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, las Islas Caimán y España.
4. Desde el 2018, el grupo ha venido experimentando ciertas dificultades de liquidez lo que llevó al presidente de su órgano de administración, el Sr. Gekko, a buscar financiación distinta de la bancaria. En concreto, buscaban potenciales inversores con el propósito de incorporarlos al accionariado de las distintas filiales del grupo.
5. De entre las filiales del grupo, GREED GROUP, destacó la mercantil Habanera, S.A.U. (en adelante, “HABANERA”). Se trata de una sociedad española dedicada a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba. HABANERA, se encuentra dirigida por el mismo órgano de administración que su matriz, renovándose el mismo a medida que cambia el de GREED GROUP. Se acompaña como **documento n°1** a la presente demanda, los Estatutos Sociales tanto de GREED GROUP como de HABANERA a fin de que se compruebe que se encuentran ambas sociedades del grupo dirigidas por el mismo órgano de administración.
6. De entre todas las propuestas de potenciales inversores a fin de incorporarlos al accionariado de HABANERA, la más interesante para el grupo resultó ser la sociedad holandesa SIGAAR BV.

## 2. SIGAAR BV

7. SIGAAR BV, es una sociedad holandesa fabricante de cigarros holandeses de gran tradición en los círculos financieros de Europa.
8. La sociedad se dirige a través de una administración mancomunada integrada por el Sr. Bud Fox y el Sr. Glauser Roist.
9. La sociedad estaba interesada en ampliar su actividad mediante la adquisición de una participación mayoritaria en HABANERA, con el propósito de ampliar su red comercial y de negocio en los mercados caribeño y español.

### SEGUNDO.- OPERACIÓN DE COMPRAVENTA DE ACCIONES. EL CONTRATO.

10. El Sr. Bud Fox (administrador mancomunado de SIGAAR) propuso al Sr. Gekko (presidente del Consejo de Administración de GREED GROUP) la constitución de una *Joint Venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución, “NEWCO”.
11. NEWCO, por motivos fiscales, sería propietaria del 100% de las acciones de HABANERA, de forma que SIGAAR tuviese una participación mayoritaria en una sociedad ajena al grupo de sociedades encabezado por GREED GROUP.
12. GREED GROUP, a fin de que SIGAAR pudiese presentar su oferta económica por las acciones de HABANERA, puso a su disposición un informe de revisión jurídica (*Vendors Due Diligence*), realizado por los abogados internos de GREED GROUP, que reflejaba la situación legal general de HABANERA.
13. También se presentó informe de revisión financiera, cuya realización fue encomendada a una auditoría de reconocido prestigio en España, “Pufosa Asesores Financieros” (en adelante, “la auditoría”). En dicho informe, que se acompaña al presente escrito como **documento n°2**, se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de HABANERA a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

14. SIGAAR, considerando las sinergias que la operación podría reportar y, a la vista de la documentación facilitada, en particular, a la información que contenida el informe de la auditoría Pufosa Asesores Financieros, ofreció en pago de las acciones correspondientes de HABANERA un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019.
15. El 15 de noviembre de 2019, ambas partes firmaron un acuerdo de intenciones (**documento nº 3**) en el que describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de las declaraciones y garantías de suscribir con una vigencia de 24 meses.
16. La estructura de la operación consistía en que, en una primera fase, SIGAAR adquiriría el 75% de HABANERA al precio fijado por el informe de valoración realizado por la auditoría. Seguidamente, GREED GROUP y SIGAAR constituirían NEWCO aportando, entre las dos el 100% del capital de HABANERA, de forma que, la propiedad del 75% del capital social de NEWCO perteneciese a SIGAAR y el 25% restante a GREED GROUP.
17. El 20 de diciembre de 2019, GREED GROUP y SIGAAR procedieron conforme lo previsto en el acuerdo de intenciones, con la única diferencia de que los contratos de la operación formalizados aquel día entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox -elevados a público ante notario-, contenían declaraciones y garantía por parte de GREED GROUP con una vigencia de 12 meses respecto de la veracidad de los estados contable y financieros de HABANERA. Se aportan los contratos de la operación como **documento nº 4**.
18. En los contratos se pactó entre las partes cláusula de sumisión expresa por la que todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciaría ante los Juzgados y Tribunales de Valencia.
19. Finalmente, NEWCO quedó configurada como sociedad anónima, siendo el Sr. Bud Fox designado administrador único de la misma y, dejando a cargo del Sr. Gekko la gestión diaria de la sociedad debido a los contratos que el mismo manejaba en el mercado caribeño y España.

### **TERCERO.- ORIGEN DE LA DEUDA Y LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS**

20. El 10 de marzo de 2020, se reunieron los representantes de SIGAAR y GREED GROUP. El Sr. Fox puso de manifiesto que, tras la toma de participación en HABANERA, fueron descubiertas determinadas irregularidades contables cometidas por HABANERA para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, a fin de que el precio de sus acciones se incrementara.
21. Para acreditar mencionada irregularidad, el Sr. Fox mostró a GREED GROUP un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR (**documento nº5**), en el que se calcula un EBITDA corregido para el ejercicio 2019 de 771.460 euros.
22. El Sr. Fox solicitó el ajuste del precio de la compraventa de acciones, de acuerdo con el EBITDA corregido, amparándose en la cláusula de declaraciones y garantías dispuesta en el contrato de compraventa de acciones formalizado entre ambas partes.  
El 10 de marzo de 2020, SIGAAR, aún se encontraba dentro de la vigencia de 12 meses, periodo dentro del que aplica la garantía sobre la veracidad de los estados contables y financieros de HABANERA. Sin embargo, los representantes de GREED GROUP negaron el desajuste y se mostraron disconformes con la información arrojada en el informe aportado por la sociedad holandesa.

### **CUARTO.- LOS DAÑOS RECLAMADOS POR SIGAAR**

23. Los daños reclamados y cuantificables son los correspondientes al valor de la pérdida sufrida por SIGAAR como consecuencia de haber efectuado un pago por las acciones de HABANERA mucho mayor del que correspondería.
24. Los criterios que se aplican para cuantificar el daño sufrido por SIGAAR derivan y se extraen de restar el importe pagado en función del EBITDA del ejercicio 2019 de HABANERA (en adelante, “EBITDA 1”) obtenido en el informe realizado por la auditoría Pufosa Asesores Financieros, del importe real del EBITDA de HABANERA del ejercicio 2019 (en adelante, “EBITDA 2”), calculado y obtenido, posteriormente, en el informe del departamento de contabilidad de SIGAAR:



1. Precio de las acciones de HABANERA calculado respecto del EBITDA 1: ocho veces el EBITDA 1.

-  $8 \times 972.222 \text{ (EBITDA)} = 7.777.776 \text{ euros.}$

2. Precio de acciones de HABANERA calculado respecto del EBITDA 2: ocho veces el EBITDA 2:

-  $8 \times 771.460 \text{ (EBITDA)} = 6.171.680 \text{ euros}$

3. Sobreprecio a abonar por SIGAAR consecuencia de las irregularidades contables cometidas por HABANERA: resta ocho veces EBITDA 1 y ocho veces EBITDA 2

-  $7.777.776 \text{ (-)} 6.171.680 = \mathbf{1.606.096 \text{ euros.}}$

25. Aplicando dichos criterios obtenemos un daño que asciende a **1.606.096 euros** en concepto de sobreprecio pagado por el valor real de las acciones de HABANERA.

#### **QUINTO.- RECLAMACIÓN DE PAGO POR VÍA EXTRAJUDICIAL**

26. Tras la reunión celebrada ente los representantes de SIGAAR y de GREED GROUP, destacamos la existencia de un cruce de emails (subidos de tono), entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox donde, el primero reiteró al segundo que no iban a consentir las acusaciones vertidas contra GREED GROUP por las “supuestas” irregularidades contables de HABANERA ya que, su juicio, estaban infundadas.

27. Esta parte acompaña al presente escrito como **documento nº 5**, el cruce de emails mencionado a fin de garantizar a este Tribunal que SIGAAR intentó reclamar reiteradas veces por vía extrajudicial a GREED GROUP que procediese a realizar el ajuste del sobreprecio abonado por SIGAAR respecto de las acciones de HABANERA.

## **RELACIÓN DE DOCUMENTOS APORTADOS**

**Documento n°0:** Copia de escritura de poder (apud acta)

**Documento n°1:** Estatutos Sociales de la sociedad GREED GROUP y de la sociedad HABANERA.

**Documento n°2:** Informe financiero realizado por la auditoría “Pufosa Asesores Financieros”.

**Documento n°3:** Acuerdo de intenciones.

**Documento n°4:** Contratos de la opresión de compraventa de acciones.

**Documento n°5:** Informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de “Sigaar”.

**Documento n°6:** Correos electrónicos cruzados entre las partes.

Que a los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I. PROCESALES**

#### **1. JURISDICCIÓN, COMPETENCIA, ACUMULACIÓN DE ACCIONES, CUANTÍA Y PROCEDIMIENTO**

##### **1.1 Jurisdicción**

28. Es competente la jurisdicción civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”) y los artículos 36 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”).

##### **1.2 Competencia objetiva**

29. Es competente la jurisdicción mercantil, conforme a la declaración del Tribunal Supremo (STS Pleno 539/2012 de 10/09/2012, EDJ 245435), que en los supuestos como el presente y, a fin de evitar a la parte actora la duplicidad de procesos, la acción de

reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil y, la acción de responsabilidad de los administradores puede ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso ante los Juzgados de lo Mercantil.

30. En lo que atañe a la atribución del conocimiento de estos asuntos a los Juzgados de lo Mercantil, el Supremo expone que:

*“la procedencia que el conocimiento de las acciones acumuladas corresponda a los Juzgado de lo Mercantil se justifica en las siguientes razones:*

*(a) Ante los juzgados de lo mercantil se ejercita la acción más específica sobre responsabilidad de los administradores, la cual tiene carácter principal respecto de la acción por incumplimiento social, que opera con carácter prejudicial respecto de la primera. Así, se infiere de la aplicación analógica de las normas sobre la prejudicialidad civil, de las que se infiere que la competencia para resolver una cuestión que aparece con carácter prejudicial respecto de otra corresponde al tribunal competente para conocer de la cuestión principal. En consecuencia, ante la ausencia de una regulación legal específica, debe considerarse preferible esta solución a la que resultaría de aplicación del principio de disposición por la parte demandante (Art. 71.2 LEC, en caso de acumulación de acciones) o mayor antigüedad del proceso (art. 79.1, en caso de acumulación de procesos), articuladas en consideración a la situación de los órganos judiciales con competencias paralelas.*

*(b) La finalidad que persigue la norma de atribución de competencia residual a los juzgados de lo civil – artículo 45 LEC, que consagra el principio de la vis atractiva – es la de cerrar el sistema normativo de distribución de competencias entre los distintos órganos judiciales. Este principio no puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los juzgados de lo mercantil – artículo 83 ter LOPJ -, pues esta, sin alejar la materia del orden jurisdiccional civil, al que pertenecen los juzgados mercantiles, va encaminada a la necesidad de avanzar en el proceso de especialización de estos a que lleva la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo, según se declara en la EM y de la LORC. Este principio quedaría en entredicho si aceptáramos la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones acumuladas.*

*(c) La solución que entendemos procedente produce una alteración mínima en el sistema de distribución de competencias, ya que en la acción de reclamación de cantidad se ve*

*implicada una sociedad mercantil, y se respeta así la efectividad de la reforma que condujo a la creación de los juzgados de lo mercantil.*

*(d) La solución que entendemos procedente no provoca indefensión a las partes, dado que no afecta a sus posibilidades de alegación y defensa. La acumulación no implica la modificación del tipo de proceso a través del que deben ejercitarse las acciones acumuladas y la atribución de su conocimiento a los juzgados de lo mercantil no modifica el sistema de garantías procesales y recursos que pueden ser utilizados por las partes.”*

31. Muchas han sido las sentencias posteriores que han seguido esta línea, consolidando la Jurisprudencia en esta asentada, por ejemplo, la STS 315/2013 de 23 de mayo.

### **1.3 Competencia territorial**

32. En los contratos de la operación de compraventa de acciones se estableció entre GREED GROUP y SIGAAR una cláusula de sumisión expresa entre las partes a los Juzgados y Tribunales de Valencia.
33. No obstante, mencionada cláusula únicamente abarca la acción de responsabilidad contractual contra GREED GROUP, no así, la acción individual de responsabilidad de los administradores por daños
34. La sumisión expresa fue pactada única y exclusivamente en el contrato de compraventa establecido entre GREED GROUP y SIGAAR, cuya acción de responsabilidad civil contractual, correspondería a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia (art. 85 LOPJ y 45.1 LEC) y no a los Juzgados de lo Mercantil de Valencia.
35. El intento de acumular acciones ante el Juzgado de Primera Instancia donde se pretenda ejercitar una de las acciones contempladas en el art. 86 ter LOPJ sería inadmitida por el propio tribunal ya que, dichos juzgados, carecen de competencia objetiva para conocer de las materias enunciadas en el precepto orgánico citado. Ello se debe a que, a diferencia de lo que sucede con los Juzgados de lo Mercantil, los de Primera Instancia, carecen de la especialización necesaria para pronunciarse sobre las cuestiones que se le atribuyen a aquéllos, por lo que no resultaría admisible que pudieran llegar a resolverlas.
36. La carga injustificada de una duplicidad de proceso resultaría desproporcionada, lo cual conlleva, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que deba considerarse

contraria al derecho de tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE. Por lo que, debe primar la correcta acumulación de acciones que se pretende pudiendo ser contraria a derecho la separación de ambas acciones a fin de cumplir el pacto de sumisión expresa.

37. El principio de vis atractiva civil contenido en el art. 45 LEC no puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los Juzgados de lo Mercantil contenida en el art. 86 ter LOPJ. Por todo, la competencia para conocer de las acciones acumuladas, como explicamos en el apartado anterior, corresponde a los juzgados de lo mercantil.
38. La vis atractiva opera ante los juzgados de lo mercantil dónde la acción de responsabilidad de administradores, al ser considerada la acción principal, prima sobre la acción de responsabilidad contractual de la sociedad, siendo ambas acciones conexas, basadas en los mismos hechos, donde la primera arrastra a la segunda.
39. Destacamos la SAP Madrid (Sección 11ª) núm. 51/2010, de 16 de febrero, que en su FJ2º estima que, los juzgados de lo mercantil tienen una especie de vis atractiva de competencia objetiva respecto de todas las pretensiones que estén relacionadas, directa o indirectamente, con las materias recogidas en el artículo 86 ter LOP.
40. Así para determinar la competencia territorial se atenderá a lo dispuesto en el artículo 51 de la LEC, según el cual corresponderá al tribunal del domicilio del demandado. Como se explica, no se aplicará la sumisión a los juzgados de valencia que ostenta la acción de responsabilidad contractual ya que, nos obligaría a dirigirnos a los Juzgados de Primera Instancia, los cuales, no serían competentes para conocer de ambas acciones y, por tanto, romperían el principio de la correcta acumulación de acciones.
41. El domicilio social de Greed Group se encuentra en Madrid, por tanto, el domicilio de los miembros del órgano de administración a tal efecto.
42. Será competente el **Juzgado de lo Mercantil que por turno corresponda en la ciudad de Madrid.**

#### 1.4 Acumulación de acciones

43. La presente demanda se plantea por mi mandante obrando en litisconsorcio pasivo voluntario. Según el artículo 12 de la LEC, se prevé la posibilidad de que comparezcan “*en juicio varias personas, como demandante o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir*”, y en el mismo sentido, en torno a la acumulación subjetiva de acciones, el artículo 72 del mismo cuerpo legal señala que “*podrán acumularse ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones existe un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos*”.
44. Para el entendimiento de esta acumulación, el máximo exponente sin duda viene de la mano de la **Sentencia del Tribunal Supremo 539/2012 de 10 de septiembre**.
45. “1) *Posibilidad de acumulación de las acciones: la estrecha conexión existente entre ambas acciones y el obstáculo desproporcionado que para la tutela judicial efectiva supone tener que ejercitarlas separadamente ante dichos Juzgados. Se argumentaba en la sentencia: (i) entre ambas acciones hay una relación de perjudicialidad, pues el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que proceda la acción de responsabilidad de los administradores; (ii) la acción de responsabilidad exige acreditar la concurrencia de las circunstancias legalmente establecidas determinantes de la misma, sobre las que gravitará normalmente el peso del proceso; pero el presupuesto de ambas acciones es el incumplimiento de la sociedad; (iii) la finalidad que persigue la parte con el ejercicio de ambas acciones es única: el resarcimiento de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento por la sociedad; (iv) la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales constituye una responsabilidad por deuda ajena ex lege que tiene naturaleza de responsabilidad solidaria impropia exigible directamente por los acreedores de la sociedad y opera muy frecuentemente en situaciones de insolvencia total o parcial de esta y como remedio de la misma en íntima relación causal con el incumplimiento por parte de aquella.*

(...)

*Esta sala considera que la situación descrita no responde a la voluntad de la ley, sino a una laguna legal. La LEC no permite directamente la vía de acumulación en estos*

*supuestos, pero tampoco resuelve las situaciones de prejudicialidad entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil.*

*Puede considerarse la existencia de una norma implícita en el art. 43 LEC, según la cual los tribunales civiles pueden resolver las cuestiones civiles prejudiciales que se planteen si no se decide que se ventilen en otro procedimiento ante el órgano competente a petición de alguna de las partes. Sin embargo, además de no haber sido expresamente formulado por la LEC, este criterio sería insuficiente para resolver la situación que estamos planteando, pues la resolución con carácter prejudicial de la pretensión dirigida contra la sociedad no permite que la cuestión se examine y resuelva de manera definitiva ni obtener una condena del demandado.*

*En consonancia con ello, el principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la Constitución proclamado en el artículo 5 LOPJ, y la finalidad de evitar la aplicación de un criterio procesal que podría ser determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, obliga a examinar si es posible hallar una solución más allá de la posible inconstitucionalidad de las normas afectadas.*

*Pues bien, a juicio de esta Sala, **la aplicación analógica de las normas sobre acumulación permite en este supuesto admitir la procedencia de la acumulación de las acciones que estamos considerando, habida cuenta de que la prohibición de la acumulación de acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de alguna de ellas admite diversas excepciones, entre las cuales figura que así lo disponga la ley para casos determinados (artículo 72.2 LEC).** Entendemos que la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales, con los caracteres que se han destacado, en estrecha relación con la insolvencia de la sociedad y con el impago de sus deudas conlleva implícitamente el mandato, exigido por el respeto al derecho tutela judicial efectiva proclamado por la CE, de la posibilidad de acumulación de ambas acciones”.*

## **1.5 Cuantía**

46. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 253 de la LEC, se hace constar que la cuantía del presente procedimiento es de 1.606.096 euros más intereses.

## **1.6 Procedimiento**

47. El procedimiento adecuado es el ordinario, vista la cuantía indicada (Art. 249.2 LEC)

## **2. CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN, LEGITIMACIÓN Y COSTAS**

### **2.1. Capacidad**

48. Mi mandante ostenta plena capacidad para ser parte y legitimación activa *ad processum*, puesto que en el apartado 1 del artículo 6 de la LEC, en su 3º, reconoce tal capacidad a las personas jurídicas, capacidad que también les es atribuida a estas últimas por el artículo 38 del Código Civil al reconocerles la posibilidad de “*ejercitar acciones civiles o criminales*”.
49. GREED GROUP y el Consejo de Administración de GREED GROUP también tieneN capacidad procesal para ser parte en el presente proceso.

### **2.2. Representación causídica y defensa técnica**

50. La parte demandante está representada en este procedimiento por medio de procuradora y asistida por el abogado que suscribe, Dña. Lidia Cuadra Quintana.

### **2.3. Legitimación**

#### **(I) Legitimación activa**

51. El primer apartado del artículo 10 LEC (condición de parte procesal legítima) dispone: “*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”.
- Mi mandante está legitimada activamente para ejercitar las presentes acciones como parte compradora del contrato de compraventa de acciones incumplido por la parte vendedora



(la sociedad GREED GROUP) y, como perjudicado debido al falseamiento en la contabilidad al valorar HABANERA efectuado por el Consejo de Administración.

## **(II) Legitimación pasiva**

52. La sociedad GREED GROUP tiene legitimación pasiva por ser el deudor de mi mandante en virtud de los daños irrogados por el incumplimiento contractual efectuado.
53. El Consejo de Administración de GREED GROUP ostenta legitimidad pasiva por ser quien debe responder respecto de las irregularidades contables cometidas por HABANERA. La matriz GREED GROUP y su filial HABANERA se dirigen por el mismo órgano de administración integrado de los mismos administradores constituyendo una unidad de dirección.
54. La justificación de su legitimidad pasiva radica en que se considera, por esta parte, que el Consejo de Administración de GREED GROUP es administrador de hecho de la filial (al componerse esta última de idéntico órgano de administración).
55. El administrador de hecho se caracteriza porque carece de la designación formal de administrador, pero desarrolla una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad la cual se realiza de forma sistemática y continuada (TS 08/04/2016, EDJ 34904, con cita a las sentencias de 22/07/2015 y 04/12/2012, EDJ 335882). Así, el administrador de hecho es considerado responsable por el daño que, como consecuencia de actos contrarios a la ley, a los estatutos o realizados sin la diligencia propia de los administradores de derecho, causa a los terceros, a los socios o a la propia sociedad (art. 236.3 LSC).
56. La unidad de dirección, a través de la que se manifiesta la legítima y lícita relación de control o dependencia que caracteriza al grupo, conlleva únicamente la coordinación de manera centralizada de las políticas estratégicas y organizativas de las filiales persiguiendo la satisfacción del interés del grupo. Se encuadraría en el marco de la unidad de dirección hechos frecuentes en la práctica de los grupos tales como: el control de la composición de los miembros del Consejo de Administración de la filial o la circunstancia de que los miembros del Consejo de la matriz sean a su vez administradores de la filial (“interlocking directorates”).

57. Para poder considerar a la matriz como administrador de hecho de la filial es preciso probar que, más allá de una injerencia legítima en la gestión de la filial en el marco de una planificación estratégica y organizativa establecida por la matriz en el seno del grupo, la sociedad matriz de manera directa y externa, con conocimiento y consentimiento de la filial, ha venido de hecho gestionando ésta de manera continuada y efectiva. Ésta viene a ser la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TSJUE) recogida en el caso “Eurofood”.
58. Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 que aborda la responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital que forman parte de grupos de sociedades. Dicha sentencia se encuentra inspirada, aunque no se diga expresamente, en la regulación contenida en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (ACM). A falta de una norma como la del art. 291-12 ACM, se han producido varios hitos importantes en materia de responsabilidad de administradores de las sociedades del grupo entre las que destaca la siguiente: : Se ha ido asentando doctrinalmente la posibilidad de que los socios externos funden su reclamación en el deber de fidelidad del socio de control y en la doctrina de los administradores de hecho (mediante una interpretación amplia de los arts. 1.258 CC y 236 LSC), entendiendo que la propia sociedad matriz y sus administradores son administradores de hecho de las sociedades dependientes del grupo, lo cual es más notorio en los grupos centralizados, en los que la matriz sea el socio único o muy mayoritario en las sociedades dependientes y cuando los órganos de administración sean idénticos en la sociedad matriz y otras sociedades del grupo.
59. Este supuesto de responsabilidad, al que denominaremos por “instrucciones perjudiciales”, constituye una absoluta novedad respecto al Derecho de Sociedades en vigor. Es cierto que, conforme a la disciplina establecida por la LSC, el socio puede ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores de derecho y de hecho, categoría esta última en la que se pueden encuadrar a la sociedad dominante y a sus administradores.
60. A la “responsabilidad por instrucciones perjudiciales”, le resultan de aplicación los requisitos generales establecidos en el art. 236 y ss. LSC (arts. 215-14 a 215-21 ACM). Así, se contempla la responsabilidad solidaria de la propia sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente. Son presupuestos de esta responsabilidad: una acción consistente en la impartición, por los administradores de la sociedad dominante, de instrucciones a los administradores de la sociedad

dependiente; un daño o perjuicio causado a la sociedad dependiente que no se haya compensado con el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo de sociedades; y una relación de causalidad entre la acción y el daño causado (art. 291-12.1 ACM).

## **2.5. Costas**

61. Las costas deberán imponerse a las demandadas y a cualquier otra persona que se oponga a la estimación de esta demanda en virtud del artículo 394 de la LEC.

## **II. SUSTANTIVOS**

### **1. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS**

62. La tutela que esta parte solicita en esta demanda deriva del incumplimiento contractual incurrido por la demandada que habilita a esta parte actora a exigir el cumplimiento de lo pactado y el pago de lo adeudado (art. 1124 CC). En concreto, los daños irrogados del incumplimiento de la cláusula de declaraciones y garantías por parte de la sociedad GREED GROUP que tienen una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de HABANERA, al haberse descubierto, por mi mandante, un falseamiento de la contabilidad al valorar HABANERA, cuya consecuencia ha resultado ser el cálculo de un EBITDA superior al que realmente tenía respecto del ejercicio de 2019 habiendo, mi mandante, abonado un precio superior por la acciones de HABANERA que el que realmente corresponde. Y, esta parte, aún reclamando el ajuste en aplicación de la cláusula contractual para subsanar mencionada irregularidad, recibe la negativa al considerar, la demandada, que se trata de irregularidades infundadas.
63. Según el artículo 1.089 del Código Civil, las obligaciones nacen entre otras fuentes de los contratos. El artículo 1.254 del Código Civil establece que “*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de una u otras a dar o prestar un servicio*”.
64. En cuanto a fuerza vinculante de los contratos, hemos de citar en términos generales, el art. 1.091 del Código civil dispone que: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos*”.

65. Se trata de una norma que establece lo que podría denominarse un principio básico del Derecho. El respeto a la palabra dada, la buena fe y la justa reciprocidad y correspondencia de prestaciones, se imponen por razones tanto de índole moral como de seguridad del tráfico.
66. Este principio es reiterado en el art. 1.258 del mismo Código, que añade que los contratos obligan “... *también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes con la buena fe, el uso y la ley*”.
67. Así pues, para determinar las consecuencias del contrato, habrá de estarse no sólo a lo que en él se hubiese convenido (cláusulas explícitas e implícitas), sino también a las consecuencias de lo convenido conforme a la buena fe, al uso y a la ley.
68. En nuestro caso, el contrato ha sido debidamente cumplido por mi mandante no habiendo resultado recíproco el cumplimiento del mismo por la parte a quién se dirige la demanda.
69. La función principal de las “declaraciones y garantías” es servir como mecanismo de aseguramiento para el comprador en caso de que el vendedor no haya revelado información cierta sobre la compañía, supuesto en el cual, deberán responder frente al comprador.
70. Principalmente, se establece la obligación de indemnizar con el objetivo de mantener indemne al comprador respecto de cualquier declaración que el vendedor haya manifestado sobre la empresa que no sea correcta, y que pueda ocasionar un perjuicio a la compañía o que afecte al valor que el comprador ha pagado por ella, como se desprende del caso presente.
71. El Tribunal Supremo, ha considerado, en casos de falsedad de este tipo de manifestaciones que, estamos ante un verdadero incumplimiento contractual, que faculta al contratante a quién se dirigieron las manifestaciones y garantías del contrato, a acudir a los remedios ofrecidos en los artículos 1101 y 1124 CC (SSTS, 1ª de 19 de enero de 2001)

## 2. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

72. La tutela que esta parte solicita deriva del daño producido a mi mandante por parte del Consejo de Administración de GREED GROUP, que emana del incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236.1 LSC) por reflejar una imagen falsa de la contabilidad de la sociedad HABANERA y, por tanto, el incumplimiento respecto a actuar y desempeñar el cargo cumplimiento los deberes impuestos por la ley y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario (Art. 225 LSC). El incumplimiento realizado por mencionado órgano de administración es el que genera el incumplimiento contractual posterior, por tanto, deben ser responsables solidarios (Art. 237 LSC) del mismo.
73. Como consecuencia, esta parte, se encuentra habilitada de exigir responsabilidad de los administradores por los daños causados al amparo de la acción individual de responsabilidad por daños frente al Consejo de Administración de GREED GROUP (art. 241 LSC).
74. La responsabilidad de los administradores respecto de la formulación de las cuentas anuales viene determinada en el Código de Comercio (CCo) y en la Ley de Sociedades de Capital (LSC).  
En este sentido destaca el art. 34.2 del CCo el cual indica que, *“las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales (...)”*. Así como el art. 253 de la LSC, *“los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (...)”*. Podemos comprobar que la normativa señala como máximos responsables de la imagen fiel de las cuentas anuales a los administradores.
75. Por otra parte, el art. 268 LSC establece, en caso de que las cuentas anuales estén auditadas, como ocurre en el presente supuesto, cuyas cuentas anuales han sido auditadas por Pufosa Asesores financieros, que, *“el auditor de las cuentas comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.”* Podría surgir la duda de qué sucede en materia de responsabilidad si las cuentas anuales están revisadas por auditor, pues bien, este es el

momento en el que debemos acudir al art. 236 de la LSC según el cual, *“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 a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.”*

76. De este modo, independientemente de la responsabilidad civil que se le puede exigir al auditor por el incumplimiento de sus obligaciones conforme a la Ley de Auditoría, su actuación no supone un eximente a la responsabilidad de los administradores.
77. La existencia del daño es requisito esencial para poder exigir la responsabilidad al órgano de administración (TS 12/04/89, EDJ 3888; 13/02/90, EDJ 1413; 05/03/92, EDJ 2139)
78. Se exige la voluntariedad en la conducta del órgano de administración para que exista culpa y por tanto surja su responsabilidad. No se deduce, en ningún momento, que el Consejo de Administración de Greed Group hubiera actuado con falta de voluntariedad o con vicios en el consentimiento (coacción, error sustancial, violencia etc.)
79. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (TS 13-12-04, EDJ 225022), se considera infracción del deber de administrar diligentemente y lealmente por parte de los administradores el incumplimiento de un contrato que obliga a la sociedad que administran cuando su intervención es decisiva en el incumplimiento y, que como consecuencia de dicha actuación se causan daños económicos a un tercero.
80. También destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de enero de 1999 (AP Sevilla 18-1-99, EDJ 84399) la cual dispone que, son omisiones dolosas, y por ello posibilitan cualquier nexo causal con el daño patrimonial alegado, las que consisten en el incumplimiento por parte de los administradores de sus obligaciones tendentes a que los terceros que contratan con la sociedad conozcan su estado económico, y por tanto, valoren el riesgo que corren.
81. Se deberá aplicar el régimen de responsabilidad de carácter solidario al amparo de lo dispuesto en el art. 237 LSC, según el cual todos los miembros del órgano de administración responderán solidariamente salvo que prueben que, sin haber intervenido en su adaptación o ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (TS 14/03/2007, EDJ 20993)

### 3. INTERESES

82. Son de aplicación los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, que sirven de cobertura a lo que no es otra cosa que una deuda de valor.
83. Como señala la Guía Práctica, recogiendo lo que en materia de intereses estableció la STJUE *Manfredi*, cualquier persona perjudicada por una infracción tiene derecho a la reparación por ese perjuicio, reparación que significa devolver “*a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido infracción*”. El apartado 20 de la Guía Práctica establece lo siguiente:
84. *“La concesión de interés constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia”.*
85. La pretensión de esta parte al pago de intereses legales desde la fecha en que se abonó el sobreprecio por la compra de las acciones de Habanera es justa y adecuada para garantizar la compensación plena por los perjuicios causados.

### 4. COSTAS PROCESALES

86. Deben imponerse a la parte demandada, conforme al criterio o principio del vencimiento, que establece claramente el art. 394.1 LEC.

Por todo lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO** que tenga por presentado este escrito junto con sus copias y documentos adjuntos, por formulada demanda contra la sociedad GREED GROUP S.A. y el

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN de GREED GROUP, la admita a trámite y tras el proceso legalmente previsto dicte sentencia estimándola íntegramente y, en consecuencia:

- (i) Declare de forma expresa la obligación de las partes demandadas de indemnizar al demandante por todos los daños y perjuicios que le han sido causados a raíz del falseamiento de la contabilidad de HABANERA S.A.U.
- (ii) Condene en consecuencia a las demandadas a pagar a mi mandante la suma de **UN MILLÓN SEISCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS EUROS (1.606.096€)** por el sobreprecio sufrido en la compraventa de acciones de HABANERA.
- (iii) Condene igualmente a las demandadas al pago de intereses legales desde la fecha en que las partes formalizaron los contratos de compraventa de acciones elevando los mismo a público ante notario (20 de diciembre de 2019).
- (iv) Condene a las demandadas al pago de las costas causadas.

Es Justicia que solicito en Madrid, a 3 de enero de 2021.

**OTROSÍ PRIMERO DIGO** que, en la tramitación de los actos procesales que rigen el presente proceso declarativo, esta parte manifiesta expresamente su voluntad de cumplir los requisitos exigidos en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

**SUPLICO AL JUZGADO** que, tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos establecidos en el artículo 231 del citado Texto legal.

**OTROSI SEGUNDO DIGO** que, para el caso de que de adverso se impugne la autenticidad de los documentos aportados con este escrito, se dejan designados a efectos probatorios los archivos de las compañías, entidades y organismos emisores de los citados documentos.

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



Es justicia que pido en Madrid, a 3 de enero de 2021.

---

Lidia Cuadra Quintana

Letrada

---

Yolanda Quintana López

Procuradora de los tribunales

## **INFORME 2**

**PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN CONTRARIA A LA  
DEMANDA Y POSIBLE RECONVENCIÓN.**

## **I. PREVISIÓN DE LA POSIBLE CONTESTACIÓN**

Este informe tiene por objeto realizar una previsión de los posibles argumentos que, tanto la sociedad GREDD GROUP, como el Consejo de Administración que lo dirige, podrán utilizar para defenderse en la contestación a la demanda que se les interpondrá.

A continuación, nos centraremos en analizar los fundamentos jurídicos que podrían ser utilizados por la parte contraria en su contestación a la demanda y que pretenderán dejar sin efecto la misma.

### **1) RESPECTO LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

En primer lugar, analizaremos lo que se conoce como doctrina de los actos propios ya que, a nuestro juicio, será el argumento clave que la sociedad Greed Group sustentará en su contestación con el objetivo de defenderse frente al incumplimiento contractual que Sigaar le reclama.

La Sociedad Greed Group S.A. podrá, en la contestación a la demanda, alegar la llamada doctrina de los actos propios en defensa del valor acordado sobre HABANERA en el contrato de compraventa de acciones respecto del EBITDA 2019.

La llamada doctrina de los actos propios significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, “*venire contra factum proprium non valet*”.

Es decir, lo que tratarán de alegar es que, como Sigaar, en un principio aceptó el contrato bajo las condiciones que del supuesto de hecho se revelan - el cual integraba el valor de la compraventa de las acciones de Habanera, precio con el que Sigaar se mostró conforme desde el primer momento en el acuerdo de intenciones y, posteriormente, en el momento de la formalización de los contratos -, deberá cumplir lo estipulado en el mismo sin intentar realizar cambios o exigiendo su cumplimiento bajo condiciones distintas a las que se pactaron.

La doctrina de los actos propios tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables en el comportamiento ajeno.

Esta doctrina ha sido basada en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, además de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, recogiendo fundamentalmente el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, el cual encuentra su regulación en el artículo 7.1 CC, se deberá probar el quebranto del deber de coherencia en los comportamientos.

Greed Group podrá alegar la falta de buena fe en Sigaar por ir contra la resultancia de los actos propios, realizando un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación.

Así, cualquier relación jurídica que sea utilizada como medio para llevar a cabo intereses privados, deberá desenvolverse con respeto a la certidumbre y seguridad jurídica del negocio que se encuentren desarrollando, en este caso, el contrato de compraventa de acciones. Esto será exigible a los contratantes a través del principio general de la buena fe (1546 CC).

Por tanto, el bien jurídico protegido sería la confianza que depositó Greed Group en Sigaar a la hora de formalizar los contratos en las condiciones que se establecieron. No obstante, para que Greed Group pudiera contestar a la demanda en base a esta teoría, debería acreditar que concurren los requisitos que se establecen para la posible aplicación de la misma y que son:

(i) Que la primera conducta sea jurídicamente relevante, válida y voluntaria:

En este supuesto, el contrato válidamente formulado entre las partes;

(ii) que ella produzca objetivamente un estado de hecho que permita generar confianza o expectativas legítimas:

La formulación del contrato, las firmas de los contratantes y su correspondiente elevación a público ante notario generaría en Greed Group confianza respecto de que lo estipulado en el mismo se cumpliría en los términos y condiciones pactadas;

(iii) que la segunda conducta sea contradictoria o incoherente con la primera y, con ella se pretenda ejercer un derecho, facultad o pretensión:

Sigaar, “de repente”, tras la formalización de los contratos decide investigar, por cuenta propia, si la contabilidad de Habanera era correcta mediante un informe financiero a nivel interno. El informe es realizado con posterioridad una vez se han formalizado los contratos y pactado el precio del mismo. La conducta contradictoria e incoherente deriva de exigir un precio mucho menor por las acciones de Habanera sustentado en el derecho de corregir las irregularidades descubiertas a través de un informe realizado por su propio departamento de contabilidad. Es incoherente que, una vez formalizados los contratos de la operación, Sigaar, realice un informe para verificar que lo dispuesto en el informe de auditoría se corresponde con el realizado a nivel interno, pudiendo haber comprobado, perfectamente, el estado contable de Habanera a nivel interno en el momento en que ambas partes se encontraban en fase de negociación.

(iv) que exista identidad entre el sujeto que desarrolló la primera conducta y el que ahora pretende desconocerla con un hecho contrario:

Sigaar se mostró conforme con el valor que se estipuló de Habanera en el informe financiero de la auditoría Pufosa Asesores Financieros por lo que, de sospechar irregularidades en la contabilidad del mismo debería haberlas revisado antes de firmar el contrato.

De lo expuesto, deducimos que Greed Group podría alegar que cumple los requisitos para que sea lícita la aplicación de la teoría de los actos propios en este supuesto.

## 2) RESPECTO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE DAÑOS

En segundo lugar, analizaremos el argumento que podría ser utilizado por el Consejo de Administración de Greed Group respecto de si deben o no responder por responsabilidad frente al “posible” falseamiento de la contabilidad al valorar Habanera.

Básicamente, podrá argumentar que la contabilidad no ha sido falseada en ningún momento y que, el informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar carece de validez y vinculación suficiente al ser un análisis contable realizado a nivel interno pudiendo haber sido orientado y analizado a su antojo y en beneficio propio de forma subjetiva y no objetiva.

Así, podrá considerar que, **el informe financiero realizado por una auditoría externa** como es Pufosa Asesores Financieros que, además, fue elegida por la propia sociedad Sigaar para la realización del mismo, **debe prevalecer sobre el informe interno realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar** por los siguientes motivos:

(i) La auditoría Pufosa Asesores Financieros ostenta un carácter completamente externo respecto de las tres sociedades.

(ii) La auditoría fue elegida por Sigaar no pudiendo sospecharse que el análisis de los estados contables podría estar viciado al haber sido elegida por Greed Group o Habanera.

(iii) La auditoría externa se presta por profesionales cualificados en contabilidad y consiste en la revisión de los estados financieros de una empresa de acuerdo con normas y procedimientos internacionalmente homologados que no suelen ser substancialmente alterados ni modificados, en cambio, el informe realizado por una auditoría interna suele ser más flexible y menos normativizado.

(iv) La auditoría externa tiene que ser efectuada por personas totalmente independientes de la empresa, en cambio, la auditoría interna se lleva a cabo por personas pertenecientes a la propia plantilla de la empresa.

(v) Falta de independencia del auditor del departamento de contabilidad de Sigaar que realizó el informe financiero.

En base a mencionadas alegaciones podrán intentar acreditar que, en ningún momento hubo “falseamiento” en la contabilidad al valorar Habanera y que los estados contables de la sociedad fueron perfectamente analizados y valorados tanto por el órgano de administración de Greed Group como por la auditoría Pufosa Asesores Financieros.

Por ende, el informe interno que el departamento de contabilidad de Sigaar realizó no podría ser vinculante ni tampoco un documento considerado lo suficientemente válido, relevante, influyente y significativo como para exigir responsabilidad en los administradores por falseamiento en la contabilidad de Habanera única y exclusivamente amparándose en lo analizado de ese informe.

Respecto de la independencia del auditor del informe financiero realizado por Sigaar el órgano de administración podrán hacer alusión al art. 16.1 b) 3º de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas (“LAC”), mediante el que se dispone que, *“en todo caso, se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de una empresa o entidad, además de en los supuestos de incompatibilidad previstos en otras leyes, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias en el auditor de cuentas, la sociedad de auditoría o en los auditores principales responsables del trabajo de auditoría: 3.º La prestación de servicios de auditoría interna a la entidad auditada, salvo que el órgano de gestión de la entidad auditada sea responsable del sistema global de control interno, de la determinación del alcance, riesgo y frecuencia de los procedimientos de auditoría interna, de la consideración y ejecución de los resultados y recomendaciones proporcionadas por la auditoría interna”*.

## **II. POSIBLE RECONVENCIÓN**

En nuestra opinión, las partes que se pretenden demandar no podrán formular reconvencción respecto de la demanda.

Los hechos acontecidos que se relatan en el supuesto de hecho versan sobre cuestiones completamente diferentes. Los intereses de las partes no tienen conexión.

Para que sea admitida la reconvencción deberían cumplirse todos los requisitos establecidos en el artículo 406 de la LEC. En este caso, no se cumpliría el requisito de “objetos conexos”, según el cual deberá existir una conexión entre las pretensiones objeto de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal (art. 406.1 LEC).

La pretensión que podría alegar la parte contraria (el Sr. Gekko en nombre de Greed Group) sería la impugnación del acuerdo social de aumento de capital de Newco por compensación de un crédito de Sigaar acordado en la junta general extraordinaria de Newco celebrada del 27 de abril de 2020, al amparo del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital por abuso de la mayoría. Por ende, como comprobamos nada tiene que ver con el objeto y la pretensión de las acciones que de la demanda que esta parte pretende iniciar.

### **III. POSIBLES ARGUMENTOS DE LA DEMANDA QUE GREED GROUP PODRÍA INTERPONER CONTRA SIGAAR**

El Sr. Gekko, en nombre de Greed Group, no podrá interponer reconvencción respecto de la demanda que esta parte pretende iniciar. No obstante, podría accionar contra Sigaar de manera independiente al proceso judicial que esta parte pretende iniciar, es decir, con la interposición de una demanda distinta en base a unos fundamentos jurídicos distintos y, por consiguiente, una pretensión diferente.

En el supuesto de hecho se relata que, en la junta general extraordinaria de Newco, se acordó un aumento de capital social por compensación de un crédito de Sigaar. En el acta de la junta quedó expresado que el accionista minoritario de Newco (Greed Group) votó en contra de dicho aumento por considerar que había existido un ejercicio abusivo en la mayoría por parte de Sigaar. Además, a resultas de la ampliación de capital Sigaar controla ahora el 95% del capital.

Así, el Sr. Gekko en nombre de Greed Group podría instar demanda de impugnación del acuerdo social de aumento de capital por abuso de la mayoría al amparo del art. 204.1 de la LSC el cual dispone que, *“la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*.

Lo que posibilita el mencionado artículo es que se declaren ineficaces los acuerdos sociales que sean desleales, bien con la propia sociedad o con la minoría. Con ello se pretenden vedar las conductas que persigan intereses particulares a costa de la sociedad con infracción del exigible deber de fidelidad frente a la propia compañía y el resto de los consocios.

Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento

injustificado de los demás socios. Este concreto motivo de impugnación, que acoge la “doctrina contractualista” en la medida que se prescinde del daño patrimonial social, ha sido introducido en la reforma de la LSC y será el motivo que Greed Group argumentará contra Sigaar para dejar sin efecto el acuerdo de aumento de capital social.

Por consiguiente, Greed Group podrá solicitar, en la demanda de impugnación del acuerdo de aumento de capital social por abuso de la mayoría, la nulidad del mismo<sup>21</sup>.

A mayor abundamiento, cabe mencionar que, en caso de que Greed Group decidiera accionar contra Sigaar respecto de lo comentado, podría, en el escrito de demanda, solicitar la medida cautelar de suspensión del acuerdo social adoptado.

La suspensión tiene por objeto evitar que, en virtud de la inmediata efectividad de los acuerdos adoptados en junta general, una eventual sentencia que anule tales acuerdos pueda no producir ya efecto alguno. Se preserva, así, el estado de cosas existente en el momento de la impugnación del acuerdo hasta que un juez la resuelva.

Como ocurre con cualquier otra medida cautelar, la suspensión del acuerdo social impugnado requiere justificar el daño o perjuicio que puede derivar de la no suspensión, porque no todos los acuerdos producen perjuicios ni abstractos ni concretos si no se suspenden<sup>22</sup>.

Una vez acordada la suspensión, se retrotraen los efectos a la fecha en que se solicitó, por lo que, desde esa fecha, quedan sin efecto los actos producidos por el acuerdo suspendido<sup>23</sup>.

Ostentan legitimación para solicitar esta medida cautelar el demandante o demandantes que representan, al menos, el 5% del capital social.

Los presupuestos y el procedimiento para la adopción de la resolución que ordena la suspensión del acuerdo impugnado son los comunes a toda medida cautelar, destacando que es posible solicitar la medida antes de la presentación de la demanda de impugnación y que la medida puede ser adoptada en ciertos casos sin audiencia de la sociedad demandada.

---

<sup>21</sup> Sentencia de Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª) de 16 de mayo de 2019 (Ponente: Ilmo. Magistrado-Juez D. José Luis Seoane Spiegelberg): la demanda que impugna un acuerdo societario adoptado en junta general extraordinaria que aprobó, con el voto en contra del actor, la ampliación del capital social. La demanda se fundamenta jurídicamente en el art. 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>22</sup> AP Guadalajara auto 16-6-05, EDJ 216762.

<sup>23</sup> TS 25-2-86, EDJ 1530.