



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

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

**Facultad de Derecho**

**Autora: Marta Fernández de Aránguiz Aguillo**

**Tutor: Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez**

**Madrid  
11 de enero de 2021**

## ÍNDICE

<b>APARTADO 1. Análisis de hechos: alternativas estratégicas y valoración de elementos para inicio de acciones judiciales y/o su neutralización.....</b>	<b>Pág.3</b>
1. Antecedentes.....	Pág.3
2. Sobre las características de la <i>joint venture</i> .....	Pág.4
3. De la valoración de Habanera.....	Pág.5
4. Sobre la constitución de la <i>joint venture</i> : Newco.....	Pág.6
5. De las supuestas irregularidades contables de Habanera que alteraron el precio de la misma.....	Pág.7
6. Los acontecimientos posteriores que han desembocado en la solicitud por parte de los Sres. Fox y Roist de este informe jurídico.....	Pág.8
7. Sobre las alternativas estratégicas de Sigaar ante la actual situación.....	Pág.9
7.1. Sobre la legitimación activa y pasiva.....	Pág.10
7.2. De las posibles acciones judiciales a plantear: Justificación y elección de la más adecuada.....	Pág.11
7.3. Sobre la proposición de prueba y sus medios de práctica.....	Pág.14
7.4. Sobre las medidas cautelares.....	Pág.16
7.5. De la competencia y jurisdicción.....	Pág.19
7.6. De los procedimientos a seguir de conformidad a la LEC.....	Pág.20
8. De la responsabilidad de la firma de auditoría.....	Pág.21
9. Aspectos societarios intragrupo y desviación de clientela constituyente de una posible infracción de competencia desleal por el Sr. Gekko.....	Pág.27
10. Valor del acuerdo de intenciones y de las declaraciones de garantías y contratos.....	Pág.31
11. Del valor probatorio de los correos electrónicos.....	Pág.34
12. De la responsabilidad de los administradores.....	Pág.37
<b>APARTADO 2. Modelo de demanda en ejercicio de la acción <i>quantum minoris</i>.....</b>	<b>Pág.38</b>
<b>APARTADO 3. Previsión de la contestación/es contraria/s y acción reconvenzional.....</b>	<b>Pág.46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>Pág.56</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>Pág.56</b>
<b>LEGISLACIÓN.....</b>	<b>Pág.57</b>

## **APARTADO 1. ANÁLISIS DE HECHOS: ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS Y VALORACIÓN DE ELEMENTOS PARA INICIO DE ACCIONES JUDICIALES Y/O SU NEUTRALIZACIÓN**

### **1. ANTECEDENTES.**

El Sr. Bud Fox (en adelante “Sr. Fox”) y el Sr. Glauser Roist (en adelante “Sr. Roist”) acuden a nuestro despacho profesional en su condición de administradores mancomunados de la compañía mercantil Sigaar, BV (en adelante “Sigaar” o “el cliente”) de nacionalidad holandesa, encontrándose la misma inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58732409 y con domicilio social en Hofplein 44 (3032), Ámsterdam.

La citada mercantil tiene como objeto social la fabricación y comercialización de cigarros, contando con una dilatada experiencia en el sector, motivo por el cual se encuentra interesada en ampliar su línea de negocio.

A resultas de dicha voluntad de ampliación de actividad, los Sres. Fox y Roist contactaron con el representante legal de la compañía española Habanera, S.A.U (en adelante “Habanera”), que está dedicada a la actividad de importación de cigarros habanos procedentes de Cuba. Habanera tiene su domicilio en la Avenida de la Ilustración, nº 23 de Alicante (03202) y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Alicante al tomo 8756, libro 5050, folio 198, hoja A-185720. La mercantil Habanera pertenece al grupo empresarial Greed Group, S.A., de nacionalidad española que tiene como objeto social la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros entre los que destaca la gomina, la confección de trajes, esmóquines y fracs, así como la prestación de servicios de cocktelería internacional, estando dicho grupo empresarial dirigido por un Consejo de Administración cuya presidencia ostenta el Sr. Gordon Gekko (en adelante “Sr. Gekko”).

El motivo del contacto entre ambas mercantiles era doble: por un lado, y desde la perspectiva de la mercantil Habanera, resultaba que el grupo empresarial al que pertenece la misma presentaba ciertas dificultades de liquidez habiendo, dicho grupo empresarial, adoptado la decisión de buscar financiación diferente a la bancaria. Por otro lado, y desde la óptica de Sigaar, su interés era la ampliación de su red comercial y

de negocio, además del desarrollado en Europa, del cual era puntera, en los mercados caribeño y español.

Los contactos entre Habanera y Sigaar comenzaron en el mes de septiembre de 2019, habiéndose propuesto por el administrador mancomunado de nuestro cliente, Sr. Fox, al representante de la mercantil Habanera, la constitución de una *joint venture*, mediante la creación de una sociedad de nueva constitución que fuese propietaria del 100% de las acciones de Habanera, a fin de que Sigaar ostentara una participación mayoritaria en una sociedad que ninguna relación tuviese con el grupo societario al que pertenecía Habanera, para así evitar que cualquier incidencia en el grupo empresarial al que pertenecía Habanera afectara a la compañía en la cual nuestro cliente querían invertir.

## **2. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA *JOINT VENTURE*.**

Hemos puesto de manifiesto con anterioridad que la propuesta de asociación efectuada por nuestro cliente al representante de Habanera, Sr. Gekko en la reunión mantenida en el mes de septiembre de 2019 fue la constitución de una *joint venture* viniendo esta figura jurídico-mercantil definida como aquella asociación estratégica temporal (de corto, mediano o largo plazo) de organización, una agrupación o alianza de personas o empresas que mantienen su individualidad o independencia jurídica pero que actúan unidas bajo una misma dirección y normas a fin de llevar adelante una determinada operación empresarial.

Este tipo de alianza estratégico-comercial ayuda a disminuir costes y riesgos puesto que son compartidos por los socios formantes de la misma, quienes contribuyen con recursos a un negocio común, recursos que pueden ser materia prima, capital, tecnología, conocimiento de mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiación o productos.

La característica fundamental de la *joint venture* es que los socios formantes de la misma siguen operando en sus negocios o empresas de manera independiente, suponiendo la *joint venture* un negocio más, cuyos beneficios o pérdidas reportarán en la cuenta de resultados de cada uno en función de la forma jurídica con la que se haya estructurado la propia *joint venture*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BBVA. Educación financiera. Empresas. “¿Qué es una *joint venture*?”

Anteriormente hemos analizado la trascendencia de la disminución de costes y riesgos en este tipo de alianzas toda vez que las mismas tienden a producir una competencia más eficiente, abarcar nuevos mercados o copar uno, aumentar el poder económico para operar, acceder a nuevos recursos o a economías de escala, dar mayores posibilidades de competencia, tener la posibilidad de aumentar las ventajas competitivas, extender el número de clientes, ahorrar dinero compartiendo costes de operación, ahorrar dinero compartiendo costes de publicidad y marketing, ahorrar tiempo como recurso empresarial compartiendo carga de trabajo, servirse de un *know-how* y manejar mayor información.

Desde el punto de vista tributario y contable, los contratantes tienen la posibilidad de llevar una contabilidad independiente, aunque también podrían no llevarla y solamente registrar en sus propias contabilidades las operaciones correspondientes a este contrato.

Con respecto a las desventajas de este tipo de contratación, ha de destacarse los posibles riesgos de conflictos de intereses entre los contratantes, la complementariedad de tareas, la dependencia de los socios para decisiones importantes, la adaptación a una cultura distinta o a mercados desconocidos por uno de los contratantes. Además, cuando la colaboración se produce entre contratantes de diferentes países existe una gran posibilidad de generarse una deficiente integración y comunicación de los socios si no se toman las medidas correctivas y decisiones estratégicas correctas, propiciando eventualmente pérdidas y divergencias en cuanto a los objetivos estratégicos.

### **3. DE LA VALORACIÓN DE HABANERA.**

A los efectos de materialización del negocio que desencadenaría la constitución de la *joint venture*, uno de los aspectos fundamentales de la misma era la valoración de la compañía Habanera de la cual la mercantil, Sigaar, adquiriría una participación mayoritaria.

Para ello, se llevó a cabo un doble protocolo: por un lado, se confeccionó una *Vendors Due Diligence* por la parte vendedora, Habanera, realizada por los abogados internos de Greed Group, grupo empresarial al que pertenece esta última. Desde nuestro punto de vista este tipo de *Due Diligence* realizada a instancia del vendedor y por

personal de su confianza (abogados internos del grupo empresarial) puede, no siempre, dar una imagen de la empresa que no se corresponda con su situación más real, por un interés en resaltar los aspectos positivos de la compañía.

Por otro lado, nuestros clientes eligieron a la reputada auditora Pufosa Asesores Financieros (en adelante “Pufosa”) la realización de un informe de revisión financiera de la mercantil Habanera en el que se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de esta compañía a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre de dicho ejercicio.

A la vista de toda la documentación precedentemente detallada, nuestro cliente, la compañía Sigaar, ofreció en pago de las acciones correspondientes de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, ascendiendo éste a 972.222 euros para el ejercicio 2019.

#### **4. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LA *JOINT VENTURE*: NEWCO.**

Tras haber determinado el importe de la operación de adquisición de acciones de Habanera por parte de Sigaar, y tal y como suele ser práctica habitual en este tipo de operaciones, con fecha 15 de noviembre de 2019, las partes suscribieron un acuerdo de intenciones que podríamos denominar “puente” entre la firma del mismo y la fecha de constitución de la nueva sociedad contemplándose en dicho documento los puntos básicos de la operación tales como la fórmula de determinación del valor de las acciones, así como el periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses.

Es necesario en este caso que por parte de Habanera o del grupo empresarial Greed Group, al que la primera pertenece, se establezcan mecanismos de garantía suficientes para asegurar cuantas responsabilidades pudieran derivarse frente a la empresa representada por nuestros clientes, Sigaar, de índole fiscal, financiero, mercantil, toda vez que por parte de Sigaar no se procedía a adquirir un activo concreto sino que se adquiriría un paquete de acciones de una compañía que ya operaba en el tráfico mercantil y que por las referencias que nuestros clientes tenían del grupo empresarial al que la misma pertenecía, presentaba tensiones de tesorería.

En el aludido documento, amén de lo anteriormente expuesto, se estableció un calendario estructural de la operación comenzando el mismo por la adquisición por parte de Sigaar del 75% de las acciones de Habanera al precio fijado en el informe realizado por la auditora; quedando Habanera, tras dicha adquisición, formada en un 75% del accionariado por Sigaar y el 25% restante por Greed Group. El segundo hito venía fijado por la constitución de Newco que fue el nombre asignado a la sociedad constituida bajo la modalidad de *joint venture* y formada en un 75% por Sigaar y en un 25% por parte de Greed Group.

La fórmula societaria elegida para la constitución de la *joint venture*, Newco, fue la de una sociedad anónima, que fue constituida con fecha 20 diciembre de 2019, habiéndose fijado su domicilio social en Barcelona, Avenida Diagonal nº 12, quedando inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad, al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247.

El órgano de administración quedó establecido en la figura de un administrador único, siendo elegido para tal cargo nuestro el Sr. Fox, si bien, al tratarse de una *joint venture*, dirigida a la ampliación del mercado de nuestros clientes hacia España y Caribe, la gestión diaria de la nueva sociedad fue asignada al representante del accionista minoritario, Sr. Gekko.

## **5. DE LAS SUPUESTAS IRREGULARIDADES CONTABLES DE HABANERA QUE ALTERARON EL PRECIO DE LA MISMA.**

Una vez comenzada la actividad empresarial de Newco, el administrador de nuestro cliente, el Sr. Fox, pudo constatar, tras analizar un informe financiero por el departamento de contabilidad de su empresa, Sigaar, que la valoración de la compañía Habanera no se ajustaba a la realidad, por cuanto que se había determinado la misma en base a un EBITDA absolutamente incrementado para el ejercicio 2019.

En concreto, mientras que el EBITDA, reflejado en la *Vendors Due Diligence* y en el informe emitido por la auditora Pufosa Asesores Financieros, era establecido en la suma de 972.222 € para el ejercicio 2019, el mismo quedaba fijado en el informe interno emitido por el departamento de contabilidad de la empresa Sigaar en la suma de 771.460 €, con lo cual, habiéndose determinado como precio de la operación una

valoración de ocho veces el EBITDA la diferencia en el monto total de la misma era más que significativa.

Esta circunstancia de alteración del valor de EBITDA, con la consiguiente repercusión en el precio de la operación, fue puesta de manifiesto por parte del Sr. Fox a los representantes del accionista minoritario, Greed Group, a la par, vendedor del paquete accionario adquirido por nuestro cliente.

Como quiera que en el acuerdo de intenciones suscrito por ambas partes con fecha 15 de noviembre de 2019, en el cual, quedó establecida la fórmula de determinación del valor de las acciones, el Sr. Fox, solicitó el ajuste del precio al nuevo valor del EBITDA determinado por el informe interno emitido por el departamento financiero de Sigaar.

Hemos de poner de manifiesto, en relación con las consideraciones posteriores del contenido de este informe, que por parte de nuestro cliente no se pretendió la rescisión del contrato asociativo conformador de la *joint venture*, sino que lo pretendido fue el ajuste del precio, conforme al multiplicador sobre el EBITDA establecido en el acuerdo de intenciones, pero aplicando dicho multiplicador sobre el valor correcto del EBITDA según el contenido del informe interno del servicio de contabilidad de la mercantil Sigaar.

La reacción de la parte transmitente de las acciones de Habanera fue la lógica en estos casos, al negar de forma categórica y rotunda cualquier irregularidad que hubiera podido tener influencia alguna en la valoración de Habanera.

## **6. LOS ACONTECIMIENTOS POSTERIORES QUE HAN DESEMBOCADO EN LA SOLICITUD POR PARTE DE LOS SRES. FOX Y ROIST DE ESTE INFORME JURIDICO.**

Escasas semanas después de ponerse de manifiesto por parte del Sr. Fox al accionista minoritario de Newco y transmitente de las acciones de Habanera, de la existencia de las irregularidades contables antes reseñadas, se procedió a la convocatoria y válida celebración de una Junta General Extraordinaria de Newco, en la cual, y por su trascendencia en relación con el contenido de este informe, se adoptaron, entre otros, los siguientes acuerdos:



1.-La destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco, y su sustitución por el Sr. Roist, quien a su vez era administrador mancomunado, junto con el anterior, de Sigaar.

2.-El aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar.

El segundo acuerdo fue adoptado con el voto en contra de Greed Group (accionista minoritario de Newco) por entender que el mismo se había tomado ejercitando de forma abusiva su mayoría por parte de Sigaar, además de con un ánimo de diluir de forma importante la participación de Greed Group en el accionariado de Newco, quien a resultas de dicha ampliación de capital, pasaba de tener un 25% del accionariado a ostentar un 5% del mismo.

En este enrarecido clima, nos encontramos con que a partir del mes de mayo, el accionista mayoritario de Newco, nuestro cliente, la compañía Sigaar, ha relevado al Sr. Gekko de todas sus funciones en la gestión diaria de Newco, que tenía encomendadas desde la constitución de ésta, habiendo basado dicha decisión en la falta de actuación diligente por parte del Sr. Gekko en sus funciones (en concreto el establecimiento de un canal de distribución *online* que pudiera compensar la paralización de ventas como consecuencia de la pandemia), así como por la sospecha de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo al de Newco y desviando clientela de la misma.

## **7. SOBRE LAS ALTERNATIVAS ESTRATÉGICAS DE SIGAAR ANTE LA ACTUAL SITUACION.**

Pasamos a analizar a continuación las posibilidades de actuación, activa y pasiva (entendiendo por activa aquéllas en las que Sigaar asume una actuación como demandante y por pasiva aquéllas en las que pueda ostentar la condición de demandada) en las que puede verse inmiscuida nuestro cliente Sigaar.

Hemos de partir de una circunstancia que resulta trascendental, cual es el hecho de que todas las actuaciones, decisiones y acuerdos por parte de Sigaar han sido realizados en función de la condición de accionista mayoritario de esta compañía en el accionariado de Newco.

Por lo cual, si por parte del accionista minoritario Greed Group no se produjera ningún tipo de impugnación de dichos actos, los mismos quedarían plenamente validados al ser conformes (si no hay controversia sobre los mismos) con el ordenamiento jurídico español.

#### 7.1. Sobre la legitimación activa y pasiva.

Debemos referir que, como parte demandante la legitimación activa la tendrá, en los dos supuestos que entendemos que pueden tener una viabilidad más o menos cierta, la mercantil Sigaar, por cuanto que los Sres. Fox y Roist, a título personal, carecen de cualquier tipo de legitimación interviniendo en este proceso como administradores mancomunados de la mercantil Sigaar (tal carácter mancomunado conlleva que cualquier actuación de los mismos debe de ser adoptada de forma conjunta) y como administradores únicos, primeramente Sr. Fox y posteriormente Sr. Roist tras la destitución del primero, de la *joint venture* Newco.

La legitimación pasiva, en el supuesto de la acción a entablar por parte de Sigaar, correspondería, en principio, a la mercantil vendedora de las acciones de Habanera, Greed Group, entendiéndose que no cabría una legitimación pasiva del administrador de dicha mercantil a no ser que se demostrara una actuación absolutamente contraria a derecho en la realización de la *due diligence*, ajena a las directrices de la compañía.

Cabe plantearse una posible legitimación pasiva de la firma de auditoría Pufosa, si bien este extremo será objeto de análisis independiente en el presente informe.

En cuanto a la posible impugnación de los acuerdos sociales de la Junta General Extraordinaria de Newco celebrada con fecha 27 de abril de 2020 por parte de Greed Group, la legitimación activa viene determinada en el artículo 206 en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “LSC”), que establece: “*Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el 1% del capital. Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital*”

*indicados y en todo caso los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado”.*

La legitimación pasiva viene regulada en el artículo 206.3 LSC que preceptúa: *“Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la Junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará a la persona que ha de representarle en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado”.*

Puede darse la figura de litisconsorcio pasivo por cuanto que la legislación actual permite actuar en el proceso a los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. Este litisconsorcio no tiene el carácter de necesario por cuanto que la única parte a demandar es la sociedad siendo potestativa la intervención de los socios que hubieran votado a favor del acuerdo para defender la validez del mismo y siendo dicha intervención a su costa.

Por tanto, en este caso la legitimación pasiva la tendría Newco pudiendo ser también parte en el procedimiento nuestro cliente Sigaar por ser el accionista que ha votado a favor del acuerdo. Si bien la intervención de nuestro cliente en el procedimiento sería a costa de mismo.

#### 7.2. De las posibles acciones judiciales a plantear: Justificación y elección de la más adecuada.

La primera posibilidad que se nos plantea es la judicialización de lo expuesto en el mes de marzo de 2020 por los representantes de nuestro cliente al accionista minoritario de Newco, Greed Group, y a su vez transmitente de las acciones de Habanera, es decir, la reducción del precio de la compraventa del 75% de las acciones de Habanera por cuanto que el EBITDA que se había tomado como referencia correspondiente al ejercicio 2019 estaba incrementado de valor con respecto a la comprobación del mismo que habían llevado a cabo, tras materializarse la compraventa, los servicios financieros internos de Sigaar.

La acción judicial a iniciar tendría su base en la falta de rigor cuando menos, sin querer hablar de engaño intencionado, por parte de Greed Group a la hora de determinar

o poner de manifiesto los documentos en base a los cuales se confeccionó la *due diligence*. A este respecto, parece lógico que la *Vendors Due Diligence*, que fue confeccionada por los servicios internos de Greed Group tuviera una tendencia a determinar un valor lo más alto posible toda vez que el EBITDA era el canon de referencia para determinar el precio total de la compraventa. Por eso, la demanda judicial parecería en este caso bastante sencilla precisamente por el partidismo que pudiera achacarse a los servicios internos de la compañía vendedora.

Ahora bien, en el presente caso, nos encontramos con un aspecto que puede resultar contrario a los intereses de nuestro cliente a la hora de acreditar un falseamiento o un engaño en la *due diligence*, puesto que el valor del EBITDA no solo ha sido determinado en base al informe de los servicios internos de Greed Group, sino que el valor del EBITDA fue determinado o corroborado por un informe financiero emitido por una empresa auditora de reconocido prestigio, Pufosa, que interviene a instancia de Sigaar y que lógicamente va a propiciar que en la contestación a la demanda que pudiera presentarse por parte de Greed Group se pudiera alegar, y de hecho seguro que se alegaría, que la determinación del EBITDA en la suma de 972.222 euros para el ejercicio 2019 era el correcto no solo porque así lo habían establecido los servicios internos del grupo vendedor sino porque dicho valor estaba ratificado y reconocido por la prestigiosa auditora elegida por la parte compradora.

Además, si hemos indicado que parece plausible un partidismo en el informe de los servicios internos del grupo mercantil vendedor hemos de aplicar dicho predicamento también a los servicios financieros de nuestro cliente, que lógicamente han de estar interesados en determinar un valor del EBITDA menor para así reducir el monto total del precio de la compraventa de las acciones de la compañía Habanera.

Aunque se analizará posteriormente a la hora de valorar la posible contestación a la demanda por parte de Greed Group hemos de adelantar que nos surge una seria duda de que realmente el EBITDA fuera realmente el patrón de cálculo del importe de la compraventa o en su caso fuera únicamente un valor de referencia interno tomado por nuestro cliente para determinar el precio que iba a ofertar por la adquisición de las acciones de Habanera.

La demanda a formular por parte de Sigaar para pretender una reducción en el importe total de la compraventa, teniendo en cuenta la reducción en el valor del EBITDA ya aludida en este informe, ha de basarse en una acción de saneamiento por vicios ocultos en la modalidad de acción *quanti minoris* prevista en el artículo 1486 del Código Civil que establece:

*“[...]El comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.”*

Conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo la normativa reguladora de la acción *quanti minoris* es aplicable cuando se trata del defectuoso cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas; tal y como establecen las sentencias de 1 de julio de 1947, 23 de junio de 1965 y 21 de octubre de 1985.

La Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo, Sección 1ª de fecha 21 de junio de 2007, nº 757/2007, rec. nº 5.020/2000, indica que la acción *quanti minoris* no tiene una finalidad indemnizatoria sino de restablecimiento de la equidad contractual siendo por ello incompatible con una indemnización complementaria, es decir, si se ejercita la acción *quanti minoris* no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización por daños y perjuicios complementaria. Esta acción indemnizatoria de daños y perjuicios la reserva únicamente el artículo 1486 del Código Civil para cuando se ejercita la acción redhibitoria que es la dirigida a la rescisión del contrato en cuestión, opción ésta que no es barajable en este informe, por cuanto que nuestros clientes desean el mantenimiento de la relación contractual.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de junio de 2005, nº 533/2005, rec. 148/1999, sistematiza en los siguientes términos los principios generales establecidos por el Código Civil y por la jurisprudencia en torno a los presupuestos de la acción de saneamiento por vicios ocultos:

- a. El vicio ha de consistir en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad.

- b. Es preciso que el defecto sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior.
- c. El vicio no ha de ser conocido por el adquirente ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto.
- d. Ha de ser grave, es decir, de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso al que se la destina o disminuya de tal modo ese uso que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menos precio, es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquel que motivó la adquisición si nada se hubiese pactado sobre su destino.

No se denuncia por nuestro cliente en el presente supuesto que se haya entregado cosa distinta de la pactada o que la empresa o negocio transmitidos adolezcan de vicios que los hagan impropios o inhábiles para el uso al que se destinan, ni se ejercita, consiguientemente, la acción por incumplimiento sustancial amparada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil sino, que se mantiene que la identificación tras la consumación de la venta de una irregularidad financiera cual es la valoración del EBITDA que era desconocida para nuestro cliente en el momento de la adquisición de las acciones, la cual aun no siendo de tal entidad que determine la inhabilidad del objeto de la transmisión, comporta que de haber sido conocida la realidad del valor del EBITDA Sigaar no la habría adquirido o habría abonado un precio inferior por dicha participación accionarial.

### 7.3. Sobre la proposición de prueba y sus medios de práctica.

El procedimiento judicial basado en la indicada acción *quantum minoris* va a tener un sustento probatorio en dos medios, en concreto la prueba documental y la prueba pericial. Como prueba documental habrá de analizarse el contenido del acuerdo de intenciones, de la escritura pública de constitución de la *joint venture* y del informe emitido por los servicios jurídicos internos de Greed Group, el informe financiero emitido por la auditora Pufosa y el informe emitido por los servicios financieros internos de Sigaar.

Se revela como trascendental la prueba pericial, de carácter económico-contable, que deberá ser practicada tanto a instancias de las respectivas partes procesales (precisaremos una contundente prueba pericial que ratifique las conclusiones del informe interno de los servicios financieros de Sigaar y que desvirtúe las consideraciones tanto del informe interno de los servicios jurídicos de Greed Group como del informe emitido por la auditora Pufosa, puesto que sin dicho informe estimamos inviable el planteamiento de la demanda dado que el único documento que avala la tesis de Sigaar es el emitido por los servicios financieros de la compañía), como la prueba pericial judicial de carácter contable, que podría ser, y estimamos que debería ser practicada ante la divergencia de las conclusiones que puedan existir entre los distintos informes periciales de parte.

Tenemos que poner en conocimiento del cliente que los medios probatorios que por muy periciales que sean se encuentran sometidos a la valoración en base a las reglas de la sana crítica por parte de los tribunales, por lo cual, no puede aventurarse ninguna conclusión homogénea en relación con la valoración que cada órgano judicial pueda efectuar de los medios probatorios practicados.

Queremos poner de manifiesto el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 18ª de 23 de septiembre de 2013, nº 385/2013, rec. 168/2013 que reproduce la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en cuanto a la valoración de la prueba pericial por los órganos jurisdiccionales: *“En materia de valoración de la prueba pericial debe recordarse que, son dos los concretos principios que la presiden en nuestro ordenamiento: el de la libre valoración y el de sujeción a la sana crítica. Respecto del primero enseña la Sentencia de 5 de enero 2007: “Como doctrina general, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (sentencias, entre las más recientes, de 27 de julio de 2005, 23 de*

mayo de 2006, 18 de mayo de 2006, 15 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 15 de diciembre de 2006).

*No puede atribuirse un valor inconcuso a las conclusiones de los dictámenes, puesto que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial, la cual está sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de la proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias”. Y en relación con el segundo de los indicados principios, la Sentencia de 22 de febrero de 2006 recuerda lo siguiente: “Esta Sala tiene declarado que el dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular en absoluto a los Jueces y Tribunales, ya que estos, conforme previene el art. 632 obligados a sujetarse al dictamen de peritos (Sentencia de 16 de octubre de 1980) y también que las pruebas periciales son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas (Sentencia 10 de febrero de 1994)” [...].”*

#### 7.4. Sobre las medidas cautelares.

Las medidas cautelares se regulan en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante “LEC”). Las mismas se conceden siempre a instancia de la partes que las considera necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare (sic. artículos 721 LEC).

Estas medidas tienen un carácter relativamente excepcional en la práctica ordinaria de nuestros tribunales requiriendo unos requisitos absolutamente tasados y precisan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728 LEC el peligro por la mora procesal (*periculum in mora*), la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la obligación de prestar caución por aquel la solicite.

Dadas las posibilidades de ejercicios de acciones judiciales que para nuestro cliente se analizan en este informe no vemos viable la solicitud de medidas cautelares,



por cuanto que la acción *quanti minoris* va dirigida a la determinación por la sentencia que se dicte de una cantidad económica que sea el valor real de las acciones adquiridas por nuestro cliente, por lo cual reiteramos la inviabilidad que a nuestro criterio supone la solicitud de cualquier medida cautelar de las previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

Analizaremos posteriormente la viabilidad de las acciones judiciales que el accionista minoritario Greed Group pueda formular contra nuestro cliente tendentes a la impugnación del punto dos del acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria de 27 de abril de 2020 consistente el mismo en el aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar.

En este supuesto podría solicitarse la anotación preventiva de la demanda, supuesto contemplado en el artículo 727. 5º LEC y/o la suspensión de dicho acuerdo hasta que fuese dictada sentencia en el procedimiento principal, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 727. 10ª LEC que permite solicitar como medida cautelar la suspensión de acuerdos sociales impugnados cuando el demandante o demandantes representen al menos el 1 o el 5% del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que en el momento de la impugnación estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

En consecuencia, Greed Group podría, por ostentar la titularidad del 25% del capital social de Newco antes del acuerdo o el 5% después del acuerdo, solicitar dicha medida cautelar siendo requisito la caución que se determinara judicialmente.

Nuestros tribunales han accedido a este tipo de medidas, siempre con el respeto de los principios anteriormente establecidos, destacándose, entre otras muchas, la siguiente cita<sup>2</sup>:

*“El primer y fundamental presupuesto de la tutela cautelar radica en la apariencia de buen derecho de la situación cautelable. Tal y como se establece en el art.728.2 LEC, el fumus debe ser deducido de los datos, argumentos y justificaciones*

---

<sup>2</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero de 2003, nº 263/2003, rec. 621/2002

*documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional favorable de las pretensiones de tutela que se pretende proteger con las medidas cautelares solicitadas.*

*En esa perspectiva, resulta contradictorio que en la resolución de instancia se haya podido apreciar que no concurre apariencia de buen derecho y, pese a ello, adopte la medida cautelar de anotación de la demanda en el Registro Mercantil. En realidad, lo poco que se ha dicho respecto al *fumus* ni siquiera se puede considerar referido a este presupuesto sino al *periculum*, como se deduce de la relación con idea de perjuicio a la que se une esa consideración.*

*Para deducir si concurre apariencia de buen derecho es preciso analizar la pretensión principal de tutela que se contiene en la demanda. Únicamente determinando si resulta razonable que la misma pueda prosperar es posible deducir si existe *fumus*. Para ello debe partirse de la acción que se ejercita: la impugnación de un acuerdo social en el que se determinó la fusión por absorción de una sociedad [...].*

*La razón por la que la actora estima que el acuerdo social impugnado es nulo de pleno derecho es porque, en su opinión, ha sido un mero instrumento para excluir a uno de los socios, lo que se ha hecho estableciendo un tipo de canje de las acciones “cero”, bajo el pretexto de las pérdidas acumuladas. A través de ese instrumento se habría contrariado una norma básica en el régimen jurídico de esta institución: que los socios de las sociedades extinguidas no pueden ser excluidos de participar en la resultante (art. 247 LSA y art. 19.1 de la Tercera Directiva).*

*La parte demandada, por el contrario, estima que no existe apariencia de buen derecho porque la fusión se ha realizado cumpliendo los requisitos del art. 233 LSA, la junta fue debidamente convocada, los socios fueron debidamente convocados, se realizó un informe de auditoría y antes se había convocado a la impugnante a una junta de socios para llevar a cabo una ampliación de capital con la que hacer frente a las pérdidas de la compañía, que no se llegó a materializar por la oposición de la actora.*

*La apariencia de buen derecho es, en este estadio, suficiente, pues la absorción no puede constituirse en instrumento que permita privar de sus derecho a los socios de la sociedad absorbida. El art. 235 LSA establece que en el proyecto de fusión se*

*especificará el tipo de canje de las acciones y esa exigencia difícilmente puede considerarse satisfecha con la decisión de fijar en “cero” ese tipo, porque ello es lo mismo que no fijar tipo alguno. Si la sociedad ha perdido completamente su valor patrimonial, como parece derivarse de los términos del acuerdo de fusión y se aduce por la demandada, y se sigue el procedimiento legal de proceder a su disolución y posterior liquidación quedan salvaguardados los derechos de los socios en el procedimiento de liquidación. [...].*

*La existencia de periculum tampoco parece demasiado dudosa, pues la posibilidad de que se frustre la efectividad de los derechos de los actores a consecuencia de la demora inherente a la propia duración del proceso parece razonable.*

*Conforme a lo que se dispone en el art.728.3 debe señalarse una caución que responda de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pueda causar al patrimonio del demandado. El importe de la caución se estima que debe fijarse en la cantidad de cincuenta mil euros, para lo que se toma en consideración el escaso valor de la participación económica en la sociedad, que es lo que en definitiva pretenden tutelar los actores, y la grave agresión que la medida comporta en la vida societaria”.*

#### 7.5. De la competencia y jurisdicción.

En la escritura de constitución de Newco otorgada con fecha 20 de diciembre de 2019 quedó establecido en una cláusula, conocida como “de sumisión expresa”, por la cual todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia.

La sumisión expresa viene contemplada en el artículo 55 LEC entendiéndose por tal la pactada por los interesados designando la circunscripción territorial a cuyos tribunales se somete. Este pacto de sumisión expresa elimina cualquier controversia sobre los distintos posibles fueros en función de las nacionalidades de los firmantes del documento siendo la cláusula de sumisión expresa una consecuencia de la aplicación al ámbito procesal del principio de autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1255 del Código Civil.

Ahora bien la cláusula de sumisión expresa únicamente resulta aplicable las cuestiones o aspectos del contrato que tengan relación con los firmantes del mismo y que no tenga establecido por la legislación un fuero fijo, es decir, no sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

Decimos esto por cuanto que mientras que la demanda que pudiera formularse por parte de nuestro cliente siga contra Greed Group correspondería territorialmente su conocimiento a los Juzgados y Tribunales de Valencia por la cláusula de sumisión expresa a los mismos, no ocurriría lo mismo en el supuesto que por parte de Greed Group se formulara una acción judicial sobre impugnación de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de fecha 27 de abril de 2020, puesto que en este último caso la competencia territorial no es electiva sino que viene determinada de forma imperativa por lo dispuesto en el artículo 52.1.10ª LEC que atribuye la competencia a este tipo de procedimientos a los Juzgados y Tribunales del domicilio social de la compañía, con lo cual, en el presente caso dicho litigio se tramitaría ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona que por turno corresponda.

Hemos analizado la competencia territorial en los dos procedimientos que entendemos pueden tener mayor trascendencia en el presente supuesto, quedando por referirnos a la jurisdicción correspondiendo para el supuesto del ejercicio y por parte de Sigaar de la acción *quanti minoris* al Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante “LOPJ”), mientras que será el Juzgado de lo Mercantil quien conocerá del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales que podrían iniciarse a instancia de Greed Group, según lo preceptuado por el artículo 86 ter 2.a) LOPJ.

#### 7.6. De los procedimientos a seguir de conformidad a la LEC.

Tanto para la demanda a presentar por Sigaar en ejercicio de la acción *quanti minoris* como en la que pudiera promoverse por Greed Group sobre impugnación de acuerdos sociales el procedimiento judicial de tramitación de dichos litigios será el juicio ordinario.

Para el primero de los casos, (el del ejercicio de la acción *quanti minoris* por parte de Sigaar), la cuantía litigiosa vendrá determinada por la diferencia de valor entre

el EBITDA considerado por Sigaar para efectuar la oferta de compra 972.222 euros menos el valor del EBITDA determinado por los servicios financieros internos de dicha compañía que son 771.460 euros, multiplicado por ocho veces el EBITDA lo que totaliza una cuantía litigiosa de 1.606.096 euros. Toda vez que dicha cuantía resulta superior a los 6.000 euros el cauce procedimental para la tramitación de la Litis será el juicio ordinario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.2 LEC.

Por lo que se refiere al procedimiento de impugnación de acuerdos sociales el referido artículo 249.1.3ª LEC determina que será el referido juicio ordinario el que deberá seguirse como cauce procedimental para la tramitación de la demanda.

## **8. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FIRMA DE AUDITORÍA**

Estimamos que dicha responsabilidad no puede declararse *per se*, y en base a ella poder ejercitar de forma autónoma y sin haber escudriñado la anterior acción judicial de *quanti minoris*. Es decir, entendemos que, en todo caso, la posible responsabilidad de la firma de auditoría en cuanto a la remisión de los estados financieros debiera venir avanzada en el resultado de la actividad probatoria del procedimiento a mantener entre ambas compañías, Sigaar y Greed Group, puesto que si de dicho procedimiento se determina que el error en la valoración partió de los servicios financieros internos de Sigaar no cabría la exigencia de responsabilidad alguna a la firma de auditoría.

Hemos de analizar que en el presente caso la empresa auditora Pufosa no ha llevado a cabo un informe de auditoría sino que el trabajo que le ha sido encargado ha sido la revisión de estados financieros de la mercantil Habanera.

Una revisión limitada tiene como objetivo permitir al auditor expresar una conclusión con base en el trabajo realizado sobre si ha llegado algo a su atención que le haga pensar que los estados financieros no están preparados, en todos los aspectos significativos, de acuerdo al marco normativo contable aplicable.

Este objetivo difiere del de una auditoría, que está diseñada para asegurar de forma razonable que los estados financieros están libres de errores materiales y que permite emitir una opinión acerca de si dichos estados financieros expresan, en todos

sus aspectos significativos, la imagen fiel de acuerdo con el marco normativo contable aplicable.

La principal diferencia existente entre una auditoría y una revisión limitada es por tanto el alcance del trabajo realizado siendo este mayor en una auditoría que en una revisión limitada. A modo de ejemplo una revisión limitada no incluye habitualmente pruebas de inspección o confirmación (como recuentos físicos de existencias, solicitud de confirmaciones de saldos a bancos, clientes y proveedores) u otras pruebas de detalle que sí son necesarias para la realización de una auditoría.

Como consecuencia del diferente alcance, los niveles de seguridad proporcionados son también distintos; una auditoría proporciona seguridad razonable, aunque no absoluta, acerca de que los estados financieros analizados no contienen errores significativos, frente a la seguridad moderada que ofrece una revisión limitada.

Una revisión limitada no proporciona la seguridad de que llegarán al conocimiento del auditor todos los asuntos significativos que se habrían puesto de manifiesto en una auditoría, por tanto solo proporciona una seguridad moderada acerca de que los estados financieros están preparados de acuerdo con el marco normativo contable aplicable, en otras palabras, proporciona seguridad acerca de que no es necesario realizar modificaciones significativas a estos estados financieros para poder afirmar que están preparados de acuerdo con el marco normativo contable aplicable.

Para resumir y como conclusión, se puede decir que una auditoría es un proceso más crítico y sistemático en comparación con una revisión limitada. En una auditoría, el auditor debe tener pleno conocimiento del proceso contable y del sistema de control interno, lo que no ocurre en una revisión limitada. A mayor abundamiento, en el presente supuesto, y como ratificación de la actuación de la firma auditora consta incorporado en el acuerdo de intenciones firmado por comprador y vendedor de fecha 15 de noviembre de 2019 un informe de valoración de aportaciones no dinerarias, realizado por experto independiente que arroja un resultado similar al contenido en el informe de revisión de estados financieros llevado a cabo por la firma de auditoría.

En cualquier caso y para evitar una posible prescripción de la acción en caso de tener que demandar a la empresa auditora, dado que dicho procedimiento se iniciaría después de haber finalizado el mantenido entre Sigaar y Greed Group, sería necesario realizar requerimientos fehacientes a la firma auditora a los fines de interrumpir cualquier plazo de prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil.

Desde el punto de vista jurisprudencial resulta de especial interés, en cuanto a la responsabilidad del auditor de cuentas, la Sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2018, nº 520/2018, rec. 816/2015. En dicha Sentencia se analiza el artículo 11 de la anterior Ley de Auditoría de Cuentas, actualmente es el artículo 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio (en adelante “LAC”), en relación con el 1101 del Código Civil, al respecto el Tribunal Supremo, y conforme es analizado por D. Juan Sánchez Calero, recuerda la doctrina establecida en su previa Sentencia de 7 de junio de 2012, así como la correcta aplicación de la regla de la causalidad alternativa, por la que se considera que cada actividad que basta por sí para causar un daño, lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad.

El Tribunal concluye que en los informes de auditoría se ponían de manifiesto determinados elementos idóneos para producir un posterior perjuicio patrimonial a la entidad auditada. Se mencionan tanto los procedimientos de auditoría aplicados, en los que se habría infringido de manera reiterada la *lex artis* aplicable, como también los propios informes de auditoría que se habrían fundado en datos no debidamente contrastados.

También rechaza la Sentencia del Tribunal Supremo las alegaciones que vienen a plantear que la actuación de los administradores sociales habría afectado al trabajo del auditor. Considera la Sentencia que el comportamiento de los administradores sociales no tenía una trascendencia tal que permitiera concluir que se había producido una quiebra del nexo causal suficiente para liberar de responsabilidad a la empresa auditora. Añade a continuación que el hecho de que los administradores tengan el deber de formular las cuentas anuales no exonera de responsabilidad al auditor, puesto que en el caso analizado a pesar de las irregularidades que aparecían en la documentación de la empresa, el auditor emitió los cuatro informes de auditoría, durante los ejercicios 2007 a

2010, en términos completamente favorables o limpios sin contener ningún tipo de salvedad.<sup>3</sup>

Por último, vamos a analizar tres aspectos de la responsabilidad civil del auditor que entendemos de especial relevancia, cuáles son la relación de causalidad, la legitimación activa y pasiva, en cuanto a la responsabilidad, y la prescripción de la acción si se ejercita una acción de responsabilidad extracontractual o contractual.

En relación con el primero de los apartados, los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre la acción u omisión de la empresa auditora y estos últimos pueden consistir en la depreciación del valor de la compañía cuando el informe sea desfavorable o precisamente lo contrario en hacer ver un valor de la compañía muy superior al que pueda representar en la realidad cuando el informe sea favorable y omita salvedades que deberían haberse incluido de cumplir el auditor con las exigencias que le son exigibles.

Los daños pueden causarse tanto a los socios o accionistas de la compañía, o a los compradores de participaciones o acciones de la misma, como es el caso que nos ocupa, o bien a terceros ajenos a la sociedad como pueden ser proveedores, entidades financieras u otro tipo de clientes que puedan anticipar la entrega de cantidades o mercancías.

Para que la responsabilidad del auditor pueda ser declarada frente a nuestro cliente será preciso que pueda firmarse la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del auditor y los daños y perjuicios sufridos por nuestro cliente al adoptar la decisión de compra y fijar el valor de la misma en base a las consideraciones del informe del auditor que resultaron no ser ajustadas a la realidad de la compañía Habanera.

Las SSTS, 1ª, núm. 798/2008, de 9 de octubre, 869/2008, de 14 de octubre, y 115/2009, de 5 marzo, afirman que sentada la virtualidad de la causa por criterios fácticos de causalidad eficiente, habrá de atenderse a criterios jurídicos de imputación objetiva respecto de la actuación que se ha considerado relevante para la producción del

---

<sup>3</sup> Sánchez Calero-Guilarte, J. “*Responsabilidad del auditor de cuentas*”. 27 de noviembre de 2018.



daño o perjuicio. Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes, entre las que se encuentra la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción tiñe de antijuridicidad el comportamiento considerado fuente de responsabilidad, aspecto este de la imputación objetiva que por su carácter jurídico es susceptible de ser revisado en casación, al contrario con lo que ocurre con el juicio de causalidad material, de naturaleza eminentemente fáctica.

Deben tenerse en cuenta, para realizar esta imputación, las obligaciones que la ley impone a las sociedades y a sus administradores, cuyo incumplimiento puede ser también determinante del quebranto patrimonial cuya indemnización se reclame a los auditores. Ha de valorarse en cada caso si la conducta del tercero (en especial los administradores sociales) rompe el nexo causal entre la conducta del auditor y la producción del daño (por ejemplo, por haber entregado a los auditores documentos falsos), en cuyo caso excluye la responsabilidad del auditor (SAP de Baleares, Secc. 3ª, núm. 85/2005, de 23 de febrero), o simplemente coadyuva en un mismo curso causal a la producción del daño, en cuyo caso habrá que aplicar las reglas generales establecidas por la jurisprudencia para el caso de concurrencias de conductas en un mismo curso causal, conforme a las cuales si no pueden individualizarse cuotas ideales de participación en la producción del daño, responden solidariamente todos los participantes, por lo que el perjudicado puede dirigirse contra todos o contra alguno de ellos, sin que, según reiterada jurisprudencia, exista litisconsorcio pasivo necesario. La STS, 1ª, núm. 115/2009, de 5 marzo, afirma que la existencia de una conducta dolosa o culposa de los administradores sociales no excluye necesariamente la imputación objetiva a los auditores de los daños provocados por el informe de auditoría defectuoso. Y la STS, 1ª, núm. 869/2008, declaró la responsabilidad de los auditores de cuentas por los daños sufridos por los socios de una cooperativa al no haber puesto el informe de auditoría de manifiesto a los socios la verdadera situación económico financiera de la

cooperativa e impedir de esta manera a los mismos adoptar una decisión oportuna y adecuada en defensa de sus intereses, pese a estar sentado que concurrió una conducta negligente de los administradores sociales en la gestión de la cooperativa determinante de esa mala situación de la cooperativa no reflejada en el informe de auditoría.

La relación de causalidad puede consistir en considerar que el daño no se habría producido o hubiera sido menor de haberse detectado antes la existencia de irregularidades (STS, 1ª, núm. 869/2008, de 14 de octubre).<sup>4</sup>

Hemos de analizar a continuación el doble supuesto de legitimación activa y pasiva puesto que será distinto que la acción de exigencia de la responsabilidad al auditor sea ejercitada por terceros o por un socio de la sociedad en su propio nombre, o por la propia sociedad auditada en base a la relación contractual existente con el auditor.

Cuando el demandante sea un tercero o un socio y la acción se ejercita en nombre propio y en defensa del interés personal del socio y no del interés general de la compañía se trata de una acción de responsabilidad extracontractual, con las consecuencias que ello lleva consigo no sólo en cuanto a los requisitos de legitimación sino también a otros como por ejemplo el plazo de prescripción.

En cuanto a la legitimación pasiva, la responsabilidad civil por la realización defectuosa del informe de auditoría corresponde en primer lugar al auditor que lo realiza; cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad auditadora (arts. 5.1 y 11.2 LAC).

Acabamos de contemplar la incidencia de la legitimación activa en los plazos de prescripción de la acción a entablar contra la sociedad auditadora, ya que cuando se ejercita por terceros o por un socio de la compañía a título individual se tratará de una acción de responsabilidad extracontractual, a diferencia de que cuando quien exija la responsabilidad sea la sociedad que ha nombrado a la auditora o cuando la acción se

---

<sup>4</sup> Sarazá Jimena, R. “*La responsabilidad civil del auditor de cuentas en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.*” *El Derecho*. 6 de octubre de 2010.

promueva por socios que ejerciten la acción social que se tratará de una responsabilidad contractual.

La primera, la responsabilidad extracontractual tendrá un plazo de prescripción de un año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1968.2 del Código Civil, mientras que la segunda, la responsabilidad contractual tendrá un plazo de prescripción de 4 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1964.2 del Código Civil. El *dies a quo* ha de computarse desde el día en que pudo ejercitarse la acción por tener conocimiento de la existencia de daño o perjuicio tal y como establece el artículo 1969 del mismo texto legal.

En el presente caso, toda vez que la sociedad auditora ha sido contratada por nuestro cliente la acción de responsabilidad civil será contractual, por lo que la misma podrá ser ejercitada en el plazo de 4 años a contar desde la entrega de la documentación a nuestro cliente por parte de la empresa auditora.

Hemos analizado con anterioridad que según nuestro criterio la acción de responsabilidad debería ser, en su caso, ejercitada tras el procedimiento judicial a entablar por parte de nuestro cliente contra Greed Group, por lo que aconsejamos remitir reclamaciones extrajudiciales fehacientes a la sociedad auditora a fin de que interrumpir la prescripción.

En conclusión, y tras haber estudiado tanto los supuestos de responsabilidad doctrinal y jurisprudencialmente establecidos con respecto a las sociedades auditoras, así como las circunstancias concretas del presente supuesto, en el cual no se realiza una auditoría completa de la empresa Habanera sino que se realiza un informe de revisión de estados contables de la misma, estimamos que éste puede ser el punto más débil en la reclamación por cuanto que la empresa auditora podría alegar, además de la correcta ejecución de su trabajo, el menor rigor que le es exigible en el trabajo encomendado por nuestro cliente al que se le pudiera exigir si se le hubiera encargado un informe de auditoría completo.

## **9. ASPECTOS SOCIETARIOS INTRAGRUPPO Y DESVIACIÓN DE CLIENTELA CONSTITUYENTE DE UNA POSIBLE INFRACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR EL SR. GEKKO.**

En el apartado correspondiente de este informe relativo a la definición y valoración de la *joint venture* hemos reflejado lo que a nuestro criterio resultan ser las ventajas y desventajas de este contrato asociativo, y centrándonos en estas últimas, las desventajas, una de las más trascendentes resulta ser la posibilidad de la aparición de conflictos de intereses y/o la desviación de clientela de la *joint venture* hacia una de las sociedades constituyentes de la misma o hacia una compañía que por parte de esta pueda constituirse.

Este tipo de situaciones de desviación de clientela puede darse en supuestos donde la compañía, o el administrador de la misma que pretenda dicha irregularidad, considere que la aportación de la compañía formante de la *joint venture* es superior a los beneficios que está recibiendo de ésta.

En el caso que nos ocupa, por parte de nuestra cliente Sigaar, se ha procedido a despojar al Sr. Gekko de todas sus funciones de gestión en Newco porque entiende que éste no está actuando diligentemente para establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa, canal de distribución que había sido ideado para evitar el hundimiento de la *joint venture* por el parón de ventas por la crisis de la pandemia y además, por cuanto que nuestra cliente tiene la sospecha de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando clientela de la *joint venture*.

Hemos de tener en cuenta que si bien el Sr. Gekko no ha ostentado desde la constitución de la *joint venture* ningún cargo de administrador social de la misma sí que a éste le fue encomendada la gestión diaria de la *joint venture* debido a los contactos que el Sr. Gekko manejaba en el mercado caribeño y español, mercados ambos en los cuales pretendía expandir su actividad nuestro cliente Sigaar, con lo cual el Sr. Gekko puede ser considerado como un “*administrador de hecho*” de Newco.

Partiendo de la composición participativa de la *joint venture* y teniendo en cuenta la mayoría de porcentaje que en la misma ostenta nuestro cliente resulta perfectamente posible que en aplicación de dicho porcentaje pueda procederse a la revocación de todo tipo de poderes que, aun sin tener el cargo de administrador, pudiera ostentar el Sr. Gekko en Newco.

No obstante, sería conveniente para nuestro cliente proveerse de todo tipo de material probatorio tendente a neutralizar cualquier acción que pueda ejercitar el Sr. Gekko al amparo de un hipotético abuso de derecho derivado de su posición accionarial por parte de nuestro cliente Sigaar.

La prohibición del ejercicio de competencia desleal de los administradores con respecto a la compañía que representan viene regulado en el artículo 229.1 f) LSC que prohíbe a los administradores hacer la competencia a la sociedad por cuenta ajena (simultanean su puesto de administrador en una sociedad con la administración de una sociedad competidora) y por cuenta propia, (tienen negocios propios al margen de su trabajo para la sociedad).

En el presente caso, y aunque el Sr. Gekko no ostenta la condición formal de administrador de Newco, entendemos que es aplicable por analogía dicho precepto toda vez que en la gestión diaria de la sociedad ostenta atribuciones similares a las de administrador.

El cese del administrador de una compañía por infracción de la prohibición de la competencia desleal ha sido jurisprudencialmente refrendado queriéndose aportar, entre otras muchas, la siguiente reseña jurisprudencial, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008, nº 1166/2008, rec. 1353/2003: *“La infracción de la prohibición de competencia desleal a los socios- administradores en las sociedades de responsabilidad limitada por constitución de una sociedad con idéntico objeto.*

*El artículo 65 LSRL (EDL 1995/13459) , que exige la lealtad en el ejercicio del cargo de administrador (reforzado por la llamada Ley de Transparencia: Ley 26/2003, de 17 de julio (EDL 2003/29907) , y STS 21 de julio de 2006, rec. 4654/1999) impone a los administradores, como obligación negativa, la prohibición de concurrencia, que sólo cesará cuando la Junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición; y se ajusta a esta regla el acuerdo de la junta general que ordena su cese (STS 11 de abril de 2007, rec. 2172/2000).*

*La prohibición del artículo 65 LSRL (EDL 1995/13459), fundada en la existencia de una incompatibilidad, tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas, por lo que se impone una interpretación rigurosa del precepto (STS 9 de septiembre de 1998, rec. 549/1994), pues la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición, de manera que su infracción autoriza la expulsión del socio-administrador (STS de 6 de marzo de 2000).*

*La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas (STS 12 de junio de 2008, rec. 1136/2001). En consecuencia con esta doctrina, este tribunal tiene declarado que el hecho de que al tiempo de acordarse la exclusión de la sociedad no fuera la administradora la recurrente no excluye la aplicación del precepto, pues no exige la actualidad en el cargo (STS 26 de enero de 2006, rec. 2230/1999) y se registran ejemplos en nuestra jurisprudencia que estiman acreditada una actuación de deslealtad cifrada en la prohibición de concurrencia por la constitución de una sociedad con idéntico objeto (SSTS 1 de octubre de 1986, 7 de noviembre de 1986, 19 de abril de 2004, rec. 1769/1998 EDJ 2004/14262 ), considerada como acto de efectiva concurrencia "aun cuando desafortunadamente, la sociedad constituida no pudo adjudicarse proyecto alguno" (STS 6 de marzo de 2000, rec. 1515/1995), de donde se infiere que el daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo, sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982).*

*Hay que estimar que la doctrina recogida en estas sentencias, que responden a la línea jurisprudencial de la que son reflejo las citadas como contradichas por la parte recurrente, está en contradicción con la posición de la sentencia recurrida, en cuanto estima que la mera constitución de una sociedad con idéntico objeto no implica una actitud competitiva si no se demuestra que ésta desarrolla una actividad efectiva y se ha disuelto con anterioridad a la presentación de la demanda, y no niega la existencia de la contraposición de intereses que el Juzgado de Primera Instancia estima probada.*

*En resolución, procede fijar como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 LSRL (EDL 1995/13459) se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la*

*Autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses.”*

## **10. VALOR DEL ACUERDO DE INTENCIONES Y DE LAS DECLARACIONES DE GARANTÍAS Y CONTRATOS**

Según el supuesto que nos ocupa y como consecuencia de las conversaciones mantenidas por las partes, nuestro cliente Sigaar y Greed Group firmaron un acuerdo de intenciones en el que se describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses; estableciéndose la estructura de la operación adquiriendo Sigaar el 75% de Habanera al precio fijado por el informe de valoración realizado por Pufosa; para a continuación, ambas mercantiles, constituir la *joint venture* Newco aportando entre las dos el 100% del capital de Habanera, de tal forma que la propiedad del capital social de Newco perteneciese a Sigaar en una 75% y a Greed Group en un 25%, adjuntándose a dicho acuerdo de intenciones el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por experto independiente que arrojó un resultado similar al contenido del informe realizado por la firma de auditoría Pufosa.

En cuanto al contenido de este punto hemos de señalar que el pacto o acuerdo de intenciones no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico obedeciendo el nacimiento de esta figura a la libertad de pacto contemplada en el artículo 1255 del Código Civil.

El contenido habitual de un acuerdo de intenciones ha de comprender:

- Declaración de compromiso/intención de negociar.
- Delimitación de los puntos sobre los que alcanzar un acuerdo.
- Fijar los eventuales pactos alcanzados y la base de la negociación futura.

- Establecer reglas y calendario para la negociación futura.

La ausencia de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico es precisamente la que motiva que la eficacia de los pactos o acuerdos de intenciones tenga que tener un análisis casuístico por parte de nuestra jurisprudencia. A continuación vamos a poner de manifiesto las siguientes Sentencias que resultan esclarecedoras sobre el concepto de acuerdo o pacto de intenciones.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1998, nº 516/1998, rec. 881/1994, el Tribunal estimó que dicho documento no era un precontrato sino un acuerdo de intenciones, un documento en suma que no es más un punto de partida para seguir negociando:

*“A la vista de ello, ha de traerse a colación la doctrina de esta Sala, harto reiterada en innumerables sentencias, según la cual es función de los órganos de instancia la interpretación contractual, cuyo resultado ha de mantenerse en casación mientras no se demuestre que es ilógica o vulneradora de las normas legales. En el caso que nos ocupa, la Audiencia ha adoptado la doctrina más autorizada en nuestra civilística sobre la naturaleza jurídica del precontrato, que exige que en él se halle prefigurada una relación jurídica, con sus elementos básicos, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de una de las partes o de ambas, por lo que aquellos vicios están ausentes obviamente. El precontrato, en tal sentido, es el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos. Confrontado el documento de "intenciones" origen de este litigio con estos rasgos definitorios del precontrato, se percibe inmediatamente que en él no se encuentran los elementos que han de constar en la escritura de constitución de sociedad anónima exigidos expresamente por el art. 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, por lo que faltan los elementos básicos del contrato proyectado por las partes, salvo que fuesen completados por nuevos acuerdos entre ellas, con lo cual nos salimos de la configuración general del precontrato que antes se ha hecho. El documento, en suma, no sería más que un punto de partida para seguir negociando, no traza un contrato de sociedad anónima y no se puede pedir el otorgamiento de la escritura pública de constitución de tal sociedad, pues sería pedir una prestación de cumplimiento legal imposible porque el precepto citado lo impediría.*



*Si se considerase que aquella construcción doctrinal del precontrato no abarca a todos los convenios que en el curso de una negociación contractual pueden alcanzarse, el resultado no sería distinto para la solución de este litigio. 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. En fin, no otra solución se alcanzaría si se volviese a la antigua doctrina que vio en el precontrato una obligación de celebrar un contrato. Si los elementos básicos de éste no están determinados en aquél, no se ve la manera de eludir otro convenio sobre los mismos, ni hay razón para estimar derogada la autonomía de la voluntad en ese trance (perfeccionar el contrato o no). En realidad, cuando los elementos básicos del contrato proyectado no están determinados en el llamado precontrato, se está dentro del ámbito de la formación progresiva del primero, que no existe jurídicamente mientras. En tal ámbito, las partes son libres de llegar a acuerdos vinculantes para ellas, pero no para exigirse obviamente el cumplimiento de lo que todavía no existe, y pueden desistir de sus tratos, que es lo que la sentencia recurrida da a entender que se produjo, al resaltar la abstención de las partes entre la firma del documento y la demanda (más de dos años) para llevar a cabo "sus intenciones".*

*Aunque subsistiese la voluntad de cumplir con lo acordado en el documento (no es ésta la posición de los demandados), lo que no puede hacer la autoridad judicial es suplir lo que al "acuerdo de intenciones" le falta para que pudiere otorgarse escritura pública de constitución de sociedad anónima. No puede construir una voluntad negocial sobre elementos básicos de acuerdo con el art. 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, pues se extralimitaría en su papel de emisora de una declaración de voluntad ya formada sobre aquellos elementos, pero no para crearla.*

*Por todas estas razones los motivos del recurso se desestiman, ya que ninguno de ellos se refiere a la petición primera del suplico de la demanda, que también se hubiese desestimado porque el "acuerdo de intenciones" litigioso no entra en los*

*supuestos recogidos en el art. 1.280.1 C.c., por lo que no tiene efectividad el art. 1.279 del mismo Código civil.”*

Otras tres reseñas de nuestro Tribunal Supremo que alcanzan similares conclusiones son las Sentencias 11 de abril de 2000, 7 de junio de 2011 y 24 de junio de 2011 que coinciden todas ellas en el hecho de que los acuerdos de intenciones son acuerdos precontractuales distintos del precontrato que tienen lugar dentro de los tratos preliminares, que pueden recoger determinados acuerdos sobre la negociación o el contrato proyectado pero sin llegar a constituir una oferta ni regular los aspectos esenciales del contrato contemplado.

Del planteamiento del caso parece deducirse que los acuerdos contenidos en el pacto de intenciones fueron incorporados a la escritura de constitución de la *joint venture*, salvo el periodo de garantía de la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera que pasó de los 24 meses contemplados en el acuerdo de intenciones a los 12 meses fijados en la escritura de constitución.

## **11. DEL VALOR PROBATORIO DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS**

No se conoce de la exposición de los términos del caso el contenido de los correos electrónicos mantenidos entre las partes contratantes, si bien hemos de señalar que la remisión de un correo electrónico constituye una declaración de voluntad en aquél que lo remite debiendo, no obstante para tener validez a los efectos vinculantes en una relación contractual, constar cuando menos la recepción del mismo por parte del destinatario mostrándose, bien la conformidad con el mismo o cuando menos la falta de disconformidad, por cuanto que si el contenido del correo electrónico se encuentra rechazado de contrario estará huérfano de cualquier valor probatorio.

El correo electrónico es un servicio de red que permite el envío o recepción de archivos adjuntos entre distintos usuarios. Pero técnicamente no deja de ser un fichero guardado en el disco duro de un servidor de correo o cualquier otro dispositivo de almacenamiento masivo en la red. Es una prueba admisible en derecho que encuentra encaje en el artículo 384 LEC el cual regula los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, disponiendo que serán examinados por el Tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el

Tribunal disponga a utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el Tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. Respecto a su eficacia como prueba, establece que el Tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de dicho artículo conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza.

Si la parte contraria no impugna el correo y su volcado en soporte impreso, bien puede considerarse que implica la admisión de su contenido. Pero si la parte contraria los impugna y no reconoce su validez y su eficacia probatoria, quien los aportó al proceso deberá acompañar una prueba pericial que garantice la autenticidad de los correos y de su contenido.

Técnicamente se considera relevante la aportación del correspondiente soporte informático para dotar de mayor eficacia probatoria a este medio, a fin de que los peritos judiciales o de la contraparte puedan tener acceso a dicho soporte por cuanto que es absolutamente imposible determinar que un correo electrónico aportado exclusivamente en papel, aunque vaya amparado en un informe pericial, es auténtico e íntegro.

En la reciente Sentencia de fecha 23 de julio de 2020 la Sala 4ª del Tribunal Supremo en Pleno ha analizado la eficacia de los correos electrónicos como medio de prueba para sustentar la revisión casacional de los hechos probados. Señalando en primer lugar que, hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba, siendo los primeros, los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas, al sancionarse su carácter de *númerus apertus* (art. 299.3 de la LEC), pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. En este sentido, el Pleno expresa que la controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos medios probatorios establecida en la LEC (arts. 299.2 y 382 a 384) configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes, sino que deben ponerse en relación con la prueba documental.

Sobre esta cuestión y tras analizar la regulación contenida en la LEC sostiene lo siguiente:

i. La LEC contiene preceptos favorables al concepto amplio de prueba documental: arts. 326.3, 327, 333 y 812.1.1º.

ii. La LEC no regula dos medios de prueba nuevos, sino únicamente unas fuentes de prueba. Los arts. 299.2, 382.1 y 384.1 de la LEC se limitan a enumerar diferentes instrumentos y actividades. Se trata de una regulación brevísima en la que la LEC se ha limitado a establecer las peculiaridades de estas fuentes de prueba porque, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria, sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo. Pero los medios de prueba son los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un *númerus clausus*.

En segundo lugar, destaca que dicho concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos, es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC. Así, cita el art. 26 del Código Penal; el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el art. 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el art. 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el art. 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el art. 76.3 *in fine* del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el art. 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el art. 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

En tercer lugar, enfatiza que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). De este modo, se justifica la postulación de un concepto amplio de prueba documental porque,

de no hacerlo, la revisión fáctica casacional acabará quedando vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo.

Finalmente, el Tribunal Supremo atribuye la naturaleza de prueba documental a los citados correos electrónicos, pero advierte que esto no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados, porque para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de suficiencia probatoria.

En conclusión, para determinar la validez de correos electrónicos que hayan podido ser mantenidos entre las partes si fuese necesaria su aportación en el proceso judicial deberá venir ratificada por los medios periciales informáticos precisos a fin de evitar que pueda ser desvirtuado el contenido de dichos correos electrónicos. Y debiendo tenerse en cuenta que se tratará de un medio probatorio más sin una eficacia probatoria concluyente por sí mismo.

## **12. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

En el presente informe hemos establecido como más viable la acción *quantum minoris* en base al diferencial del precio de la compraventa estimada por nuestro cliente. Dicha acción, hemos planteado su ejercicio contra la mercantil vendedora de las acciones Greed Group, en base a una responsabilidad contractual de ésta.

Cabría plantearse si resulta posible, de forma conjunta, el ejercicio, además de la anterior acción, de una acción contra el Consejo de Administración de Greed Group, acumulando la acción de responsabilidad contractual contra la mercantil y la acción de responsabilidad extracontractual contra el Consejo de Administración.

La responsabilidad del órgano de administración vienen contemplados en los artículos 236 y siguientes de la LSC, y en este caso, consideramos arriesgado el ejercicio de forma directa de dicha acción contra el Consejo de Administración por cuanto que, si no se estimara que la actuación de dicho Consejo de Administración es incardinable en los supuestos contemplados en el artículo 236 LSC conllevaría una desestimación de la demanda contra dicho órgano de administración con la consiguiente

imposición de costas a nuestro cliente, aunque existiera una estimación de la demanda contra la codemandada Greed Group.

Por tanto, estimamos más prudente iniciar la acción contra la mercantil, y a resultas del desarrollo de dicho procedimiento judicial, si se acreditara que la actuación del Consejo de Administración no ha sido conforme a la Ley y a los estatutos sociales, iniciar con base probatoria suficiente, una acción de responsabilidad extracontractual contra dicho Consejo de Administración.

Y en el supuesto de ejercicio de dicha acción de responsabilidad extracontractual contra los miembros del Consejo de Administración, la responsabilidad de ellos sería solidaria.

## **APARTADO 2. MODELO DE DEMANDA EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN *QUANTI MINORIS***

Se adjunta al presente informe modelo de demanda a interponer por nuestro cliente Sigaar contra Greed Group en ejercicio de la acción *quanti minoris* a fin de reclamar el diferencial entre el precio abonado por la compra del 75% de las acciones de Habanera y el precio que hubiera debido de ser abonado atendiendo al valor del EBITDA determinado por los servicios financieros internos de Sigaar. Esta acción es la que, con todas las salvedades que pueden ser expuestas vía contestación a la demanda por parte de Greed Group, vemos más viable para ser formulada por nuestro cliente.

Podría existir una segunda acción dirigida contra el Sr. Gekko por las actuaciones realizadas por éste en su falta de diligencia para establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa y establecimiento de un negocio paralelo al desarrollado por Newco con el consiguiente desvío de clientela.

Esta última acción la vemos de dudoso éxito por cuanto no puede ampararse en meras sospechas sino que debe estar reforzada de un acervo probatorio contundente el cual no nos consta al momento de emisión del presente informe.

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE VALENCIA QUE POR TURNO CORRESPONDA**

**DON JUAN GÓMEZ PÉREZ**, Procurador, a nombre de la entidad mercantil **SIGAAR, BV**, cuyas demás circunstancias y representación acredito, con la copia de la escritura de mandato, a mi favor otorgada, que bastantada en forma acompaño y, cuya devolución intereso, previo testimonio en autos, ante el Juzgado comparezco bajo la Dirección Técnica de la Letrada del Ilustre Colegio de Madrid Doña Marta Fernández de Aránguiz Aguillo, Colegiada nº 41196 y, con el mayor respeto, DIGO:

Que, en la representación enunciada, formulado demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad en ejercicio de la acción *quanti minoris*, contra la entidad mercantil **GREED GROUP, S.A.**, con domicilio en Madrid, calle del Muro nº 14, la cual será citada en la persona de su legal representante, a fin de que, en su día, se dicte Sentencia de conformidad con el suplico de nuestro escrito de demanda, que tiene como antecedentes los siguientes:

### **HECHOS**

**Primero.-** Nuestra mandante, la mercantil SIGAAR, BV (en adelante “SIGAAR”) es una compañía mercantil de nacionalidad holandesa encontrándose la misma inscrita en el Registro Mercantil de Ámsterdam con el número 58832409 y con domicilio social en Hofplein 44 (3032) Ámsterdam.

Su órgano de administración está formado por DON BUD FOX y DON GLAUSER ROIST, siendo ambos administradores mancomunados de la misma.

Nuestra representada SIGAAR tiene como objeto social la fabricación y comercialización de cigarros contando con una dilatada experiencia en el sector.

Adjuntamos como Documento nº 1 certificado del Registro Mercantil de Ámsterdam acreditativo de los anteriores extremos remitiéndonos a efectos probatorios para el supuesto de que tal extremo fuese negado o puesto en duda de contrario a los archivos de mentado Registro Mercantil.

**Segundo.-** Desde comienzos de 2019, nuestra poderdante SIGAAR que se encontraba debidamente consolidada en el mercado de tabaco centroeuropeo, centró su línea de negocio en la ampliación de la misma fijando como objetivo su introducción en los mercados tabaqueros caribeños y español; para lo cual, los administradores mancomunados de nuestra mandante DON BUD FOX y DON GLAUSER ROIST contactaron con el representante legal de la compañía española HABANERA , S.A.U (en adelante “HABANERA”) empresa dedicada a la actividad de importación de cigarros habanos procedentes de Cuba, dicha mercantil tiene su domicilio en la Avenida de la Ilustración, nº 23 de Alicante (03202) y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Alicante al tomo 8756, libro 5050, folio 198, hoja A-185720.

Acompañamos como Documento nº 2 certificado del Registro Mercantil de Alicante acreditativo de los anteriores extremos remitiéndonos a efectos probatorios para el supuesto de que tal extremo fuese negado o puesto en duda de contrario a los archivos de mentado Registro Mercantil.

**Tercero.-** El motivo del contacto entre ambas mercantiles era doble: por un lado, y desde la perspectiva de la mercantil HABANERA se obtendría financiación diferente a la bancaria toda vez que precisaba de la misma por cuanto que el grupo empresarial al que pertenece presentaba ciertas dificultades de liquidez.

Desde la óptica de nuestra cliente su interés era la ampliación de su red comercial y de negocio, además del desarrollado en Europa, del cual era puntera, en los mercados caribeño y español.

**Cuarto.-** Los contactos entre las mercantiles, HABANERA y SIGAAR, BV, comenzaron en el mes de septiembre de 2019, habiéndose propuesto por DON BUD FOX como representante mancomunado de nuestra mandante, SIGAAR, BV, al representante de la mercantil HABANERA, DON GORDON GEKKO, la constitución de una *joint venture* mediante la creación de una sociedad de nueva constitución que fuese propietaria del 100% de las acciones de HABANERA a fin de que nuestra representada ostentara una participación mayoritaria en una sociedad que ninguna relación tuviese con el grupo societario al que pertenecía HABANERA, para así evitar que cualquier incidencia en el grupo empresarial afectara a la compañía en la cual nuestra mandante querían invertir.

Aportamos como Documento nº 3 correos electrónicos mantenidos entre las partes sobre dichas conversaciones.

**Quinto.-** A los efectos de materialización del negocio que desencadenaría la constitución de la *joint venture*, uno de los aspectos fundamentales de la misma era la valoración de la compañía HABANERA, de la cual nuestra representada adquiriría una participación mayoritaria.

Para ello, se llevó a cabo un doble protocolo: por un lado, una *Vendors Due Diligence* por la parte vendedora, HABANERA, realizada por los abogados internos de GREED GROUP, S.A. (en adelante “GREED GROUP”), grupo empresarial al que pertenece esta última.

Por otro lado, nuestra representada eligió a la reputada auditora PUFOSA ASESORES FINANCIEROS la realización de un informe de revisión financiera de la mercantil HABANERA en el que se analizaban los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de esta compañía a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre de dicho ejercicio.



Adjuntamos como Documento nº 4 la *Vendors Due Diligence* realizada por los abogados internos de Greed Group, y como Documento nº 5 el informe de revisión financiera realizada por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS.

**Sexto.-** Considerando las sinergias que la operación podía reportar y a la vista de la documentación facilitada, del informe de la auditoría PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, nuestra representada ofreció el pago de las acciones correspondientes de HABANERA un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222€ para el ejercicio 2019, conforme puede comprobarse en el informe emitido por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS que se adjunta como Documento nº 5.

**Séptimo.-** Una vez llevada a cabo la documentación anteriormente reseñada, con fecha 15 de noviembre de 2019, las partes firmaron un acuerdo o pacto de intenciones en el que se describían los términos esenciales de la operación que se iba a realizar, incluida la fórmula de determinación del valor de las acciones y un periodo de validez de las declaraciones y garantías a suscribir con una vigencia de 24 meses.

En dicho acuerdo de intenciones se establecía que en una primera fase nuestra mandante SIGAAR adquirirá el 75% de Habanera al precio fijado por el informe de valoración realizado por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS. Y una segunda fase, en la que la demanda GREED GROUP y nuestra mandante SIGAAR constituirían la *joint venture* NEWCO S.A., aportando, entre las dos, el 100% del capital social de HABANERA, de tal forma que la propiedad del capital social de NEWCO perteneciese a nuestra patrocinada SIGAAR en un 75% y a la demandada GREED GROUP en un 25%.

A dicho acuerdo de intenciones se añadió informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por experto independiente.

Como Documento nº 6 adjunto acuerdo de intenciones firmado por las partes hoy litigantes y como Documento nº 7 informe de valoración de las aportaciones no dinerarias.

**Octavo.-** Con fecha 20 de diciembre de 2019, nuestra mandante SIGAAR y la demandada GREED GROUP al amparo del acuerdo de intenciones antes aludido, constituyeron la *joint venture* NEWCO, S.A. con domicilio social en Barcelona, Avenida Diagonal nº 12, quedando inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad, al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247.

Adjuntamos como Documento nº 8 la escritura de constitución de la citada sociedad anónima.

En indicada fecha se suscribieron así mismo diversos documentos que adjuntamos como Documento nº 9 en los que se contenían declaraciones y garantías por

la demandada GREED GROUP con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de HABANERA, así como la sumisión a los Juzgados y Tribunales de esta capital para cuantos litigios se derivaran de mentados contratos.

**Noveno.**- Una vez comenzada la actividad empresarial de la *joint venture* NEWCO, S.A., constató, tras analizar un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de SIGAAR que la valoración de la compañía HABANERA, no se ajustaba a la realidad, por cuanto que se había determinado la misma con un EBITDA absolutamente incrementado para el ejercicio 2019. En dicho informe realizado por el departamento de contabilidad de la mercantil representada el EBITDA para el ejercicio 2019 de la mercantil HABANERA, era de un total de 771.460€.

Adjuntamos como Documento nº 10 el informe emitido por los servicios internos del departamento financiero de nuestra mandante.

Esta circunstancia de absoluta trascendencia y que es el objeto de la presente demanda, fue puesta de manifiesto por el administrador de mi mandante DON BUD FOX al representante legal de GREED GROUP, DON GORDON GEKKO, en una reunión mantenida en Miami con fecha 10 de marzo de 2020. En dicha reunión el representante de mi mandante solicitó al representante de la demandada un ajuste en el precio tomando como consideración el EBITDA determinado por los servicios internos de nuestra representada, ante lo cual el representante de la demandada negó categóricamente dicha posibilidad manifestando su disconformidad con el contenido del informe presentado por nuestra patrocinada.

Como Documento nº 11 adjuntamos el cruce de emails mantenidos entre los representantes de ambas compañías, DON BUD FOX y DON GORDON GEKKO, en los que se reiteran las respectivas posiciones de las partes hoy litigantes.

**Décimo.**- Ha de tenerse en cuenta que en la documentación suscrita por las partes hoy litigantes con fecha 20 de diciembre de 2019 se ofreció garantía por parte de la demandada GREED GROUP con una vigencia de 12 meses sobre la veracidad de los estados contables y financieros de HABANERA por lo cual si dichos estados contables y financieros no resultan veraces deberá responder de las consecuencias que dicha falta de veracidad conlleve, consecuencias que en este caso suponen la reducción del precio de la compraventa al valor del EBITDA realmente contenido en el informe emitido por los servicios financieros de nuestra mandante multiplicado por ocho.

**Undécimo.**- A los efectos de acreditar que el valor del EBITDA es el reflejado en el informe emitido por los servicios internos de nuestra mandante se adjunta informe de auditoría emitida por EXACTUS AUDITORES, S.L.P. en el que se analizan las circunstancias tomadas en consideración para determinar el error en el valor del EBITDA que fue tomado como referencia para fijar el precio de la compraventa.

**Duodécimo.**- Ha sido siempre intención de mi mandante evitar la interposición de la presente litis, y a tal fin, se ha remitido a la mercantil demandada, por parte de la Letrada Directora de esta demanda, burofax interesando una solución extrajudicial del asunto (Documento nº 13) no habiendo obtenido respuesta alguna, por lo que nos vemos en la necesidad de promover la presente demanda, que tiene su amparo legal en los siguientes:

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **JURÍDICO-PROCESALES**

**-I- -CAPACIDAD PROCESAL Y REPRESENTACIÓN:** Nuestra mandante, al igual que la demandada, sociedades mercantiles, tienen capacidad para ser parte en este proceso y para comparecer en juicio, conforme disponen los artículos 6.1.3º y 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , si bien, al tratarse de personas jurídicas deberán comparecer quienes legalmente las representen.

**-II- -POSTULACIÓN Y DEFENSA:** La actora se encuentra representada por procurador habilitado para actuar en la demarcación de este Partido Judicial, siendo redactada y firmada la demanda por abogado ejerciente colegiado identificado en el encabezamiento de la presente, todo ello conforme disponen los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**-III- LEGITIMACIÓN:** Se encuentra legitimada activamente nuestra mandante SIGAAR, BV por ser la compradora de las acciones de la mercantil HABANERA, SAU, ostentando la legitimación pasiva la mercantil GREED GROUP, S.A. por su condición de vendedora de dicho paquete accionarial.

**-IV- JURISDICCIÓN:** Conforme dispone el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no le estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

**-V- COMPETENCIA OBJETIVA:** Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros Tribunales, según disponen los artículos 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**-VI- COMPETENCIA TERRITORIAL:** Es competente el Tribunal al que nos dirigimos por haberse sometido las partes contratantes, ahora litigantes, a la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales de Valencia, según dispone el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**-VII- PROCEDIMIENTO:** Versando la presente demanda sobre reclamación de la cantidad de 1.606.096 €, conforme establece el artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe decidirse la misma por los trámites del juicio ordinario.

## JURÍDICO-MATERIALES

-VIII- En cuanto al fondo del asunto, la presente demanda se basa en el ejercicio de una acción *quantum minoris* prevista en el artículo 1486 del Código Civil que establece:

*“[...]El comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.”*

Conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo la normativa reguladora de la acción *quantum minoris* es aplicable cuando se trata del defectuoso cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas; tal y como establecen las sentencias de 1 de julio de 1947, 23 de junio de 1965 y 21 de octubre de 1985.

La Sentencia de la misma Sala de fecha 21 de junio de 2007, nº 757/2007 rec. nº 5.020/2000, indica que la acción *quantum minoris* no tiene una finalidad indemnizatoria sino de restablecimiento de la equidad contractual siendo por ello incompatible con una indemnización complementaria, es decir, si se ejercita la acción *quantum minoris* no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización por daños y perjuicios complementaria, esta acción indemnizatoria de daños y perjuicios la reserva únicamente el artículo 1486 del Código Civil para cuando se ejercita la acción redhibitoria que es la dirigida a la rescisión del contrato en cuestión, opción ésta que no es barajable en este informe, por cuanto que nuestros clientes desean el mantenimiento de la relación contractual.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de junio de 2005, nº 533/2005, rec. 148/1999 sistematiza en los siguientes términos los principios generales establecidos por el Código Civil y por la jurisprudencia en torno a los presupuestos de la acción de saneamiento por vicios ocultos:

- a. El vicio ha de consistir en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad.
- b. Es preciso que el defecto sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior.
- c. El vicio no ha de ser conocido por el adquirente ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto.
- d. Ha de ser grave, es decir, de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso al que se la destina o disminuya de tal modo ese uso que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menos precio, es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquel que motivó la adquisición si nada se hubiese pactado sobre su destino.

No se denuncia por nuestra mandante que se haya entregado cosa distinta de la pactada o que la empresa o negocio transmitidos adolezcan de vicios que los hagan

impropios o inhábiles para el uso al que se destinan, ni se ejercita, consiguientemente, la acción por incumplimiento sustancial amparada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil sino, que se mantiene que la identificación tras la consumación de la venta de una irregularidad financiera cual es la valoración del EBITDA que era desconocida para nuestros clientes en el momento de la adquisición de las acciones, la cual aun no siendo de tal entidad que determine la inhabilidad del objeto de la transmisión, comporta que de haber sido conocida la realidad del valor del EBITDA nuestra mandante no la habría adquirido o habría abonado un precio inferior por dicha participación accionarial.

-XII- Las costas han de imponerse a las partes demandadas en virtud del principio objetivo de vencimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto,

**SUPlico AL JUZGADO** tenga por presentado este escrito, con la representación y documentos adjuntos, se sirva admitirlo, y a mi por parte a nombre de quien comparezco y por promovida demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad en ejercicio de la acción quanti minoris contra la entidad mercantil **GREED GROUP, S.A.**, ya circunstanciada, y previos todos los demás trámites legales pertinentes, se dicte en su día Sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se condene a la demandada a abonar a mi mandante la cantidad de **UN MILLON SEISCIENTOS SEIS MIL NOVENTA Y SEIS EUROS (1.606.096 €)**, intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda, haciéndose expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Es Justicia que pido en Madrid, a 4 de enero de 2021.

**PRIMER OTROSI DIGO:** Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitamos la designación de Perito Auditor, para que, previo examen del informe emitido por los servicios internos de GREED GROUP, el informe emitido por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, el informe emitido por los servicios internos de SIGAAR y el informe emitido por EXACTUS AUDITORES, S.L.P., dictamine si coincide con la valoración del EBITDA que se determina en el informe emitido por los servicios internos de SIGGAR y de EXACTUS AUDITORES, S.L.P.

Conforme al artículo 339. 2, 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se solicita que se acuerde tal designación de Perito de conformidad con los principios de tutela judicial efectiva y eficacia procesal que autorizan al Juzgado a la designación, “siempre que considere pertinente y útil tal dictamen pericial”, lo que evidentemente sólo puede conocerse según lo que manifieste la demandada al contestar la demanda.

**SUPlico AL JUZGADO** tenga por hecha la anterior manifestación, a los efectos legales procedentes.

**SEGUNDO OTROSI DIGO:** Que es firme voluntad de mi mandante la subsanación de todos los defectos en que pueda incurrir en los actos de parte que se realicen durante la sustanciación del litigio, de conformidad con lo establecido en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SUPlico AL JUZGADO** tenga por hecha la anterior manifestación, a los efectos legales procedentes, por ser justicia que reitero en el lugar y fecha anteriormente mencionados.

### **APARTADO 3. PREVISIÓN DE LA CONTESTACIÓN/ES CONTRARIA/S Y ACCIÓN RECONVENCIONAL**

Greed Group a la recepción de la demanda que constituye el anexo del presente informe estimamos que podrá alegar las siguientes causas de oposición:

1. Falta de solicitud de información por parte de Sigaar de documentación adicional

Por la parte demandada se podrá alegar que en ningún momento por parte de Sigaar se formuló objeción alguna en relación con una hipotética insuficiencia de la documentación entregada tal y como se refleja en los correos electrónicos mantenidos entre las partes. Además ha de tenerse en cuenta que, con carácter previo a la compraventa por parte de Sigaar, se encargó a la auditora Pufosa la realización de un informe de revisión financiera en el que se analizaban los estados contables y los principales ratios financieros y económicos del negocio de Habanera a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados a cierre de dicho ejercicio; no constando en ningún momento que por parte de dicha auditora encargada por Sigaar se requiriera mayor documentación a Greed Group que la aportada ni se formulara disconformidad alguna con la entregada.

Además, también sería un argumento de defensa por parte de Greed Group que en el acuerdo de intenciones firmado por las partes con fecha 15 de diciembre de 2019 se incorporó un informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por experto independiente que arrojó un resultado similar al contenido en el informe realizado por la auditora Pufosa designada por Sigaar.

Es evidente que si tras el desarrollo de la *due diligence* se reitera el interés y se lleva a cabo la transacción no es sino porque la compradora, nuestro cliente Sigaar, a

través de la documentación y demás información aportadas por la vendedora, consideró en su momento que contaba con todos los datos necesarios de la empresa que se proponía adquirir para formarse un criterio cabal sobre la conveniencia o no de la compraventa.

2. La oferta emitida por Sigaar tiene como base el informe confeccionado por la auditora contratada por dicha mercantil.

Como ha quedado señalado en el punto anterior en no será reprochable a Greed Group la valoración que Pufosa haya podido emitir de la compañía Habanera siendo ésta una cuestión que se encuadra dentro del marco contractual entre Sigaar y Pufosa y que en su caso podrá determinar la responsabilidad de dicha auditora que ha sido señalada dentro del presente informe.

3. Falta de rigor en el informe emitido por los servicios financieros de Sigaar.

Ha de tenerse en cuenta que la diferencia de valor del EBITDA reclamada por Sigaar, minusvalorando el valor determinado por Pufosa, viene establecida como consecuencia de un informe emitido por los servicios internos de la compañía Sigaar, a los cuales se les podrá reprochar una cierta falta de imparcialidad precisamente por ese carácter de vinculación estrecha que tienen con la compañía Sigaar por formar parte de la misma.

De ahí que como hemos analizado en el apartado de los medios probatorios de este informe ha de resultar de especial necesidad la práctica de una prueba pericial económico-contable altamente rigurosa que ponga en tela de juicio las conclusiones del informe de revisión de estados contables emitido por Pufosa y ratifique sin ningún género de dudas las conclusiones del informe de los servicios internos de Sigaar.

De no ser así, la viabilidad de la reclamación estará avocada al fracaso por cuanto que por parte de los Tribunales no se dará mayor virtualidad al informe de unos servicios internos en contra del informe de una auditora de reconocido prestigio contratada al efecto por la parte compradora.

4. El precio de la compraventa no va referido al EBITDA.

También nos podrá ser alegado que en ningún caso el EBITDA ha sido el módulo que se ha tomado como referencia para determinar el valor total de la compraventa sino que ha sido uno de los factores, así como el factor multiplicador sobre dicho módulo, que ha sido valorado por parte de Sigaar para cuantificar el precio a ofertar por la adquisición de las acciones de Habanera.

Este alegato, es decir, que el EBITDA no fue tomado por ambas partes como módulo para determinar el precio de la compraventa sino que únicamente fue un baremo de referencia de la parte compradora para ofertar un precio ha sido ya resuelto por numerosa jurisprudencia entre la que cabe destacar, entre otras, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona sección 4ª de 11 de octubre de 2013 nº 475/2013, rec. 818/2012 en cuyo fundamento de derecho cuarto se señala: *“En el apartado B de su primer alegato, dice la apelante que la juez yerra el valorar el proceso de negociación mantenido entre las partes para determinar el precio de la compraventa. Dice la recurrente que la juez no toma en consideración la correspondencia cruzada entre las partes durante el proceso negociador. Esto, de entrada, no es cierto, pues la juez sí valora las cartas de 28.7.06, 20.10.06 y 30.11.06.*

*Precisamente el examen de esa correspondencia lleva a la juez a entender que el EBITDA no se tomó en cuenta contractualmente para fijar el precio, sin perjuicio de que la compradora utilizara ese índice para fijar su oferta. Lo que la juez entiende es que la fórmula concreta de 7 EBITDA-PFN fue de uso interno de la compradora, si bien cuando se ofrece el precio total de venta, concretado en 12.175.845 euros, no se hace referencia expresa al EBITDA, aunque es cierto que se dice que el mismo respeta los términos de la propuesta de 30.10.06, en el que sí se informaba al vendedor de la utilización unilateral de esa fórmula por parte del comprador.*

*Que el EBITDA (en los términos fijados por la propia compradora) fue tomado en cuenta por ésta, es incuestionable, y así lo dice la juez en las páginas 44/46 de su Sentencia. La compradora utilizó ese índice para hacer sus cálculos, pero la vendedora no hay prueba suficiente de que diera su conformidad a esa fórmula, sino al precio ofrecido. Y sorprende que en un contrato de la trascendencia del que nos ocupa, con intervención de dos prestigiosos despachos, no se preocuparan las partes de concretar en el contrato cuál fue la fórmula de determinación del precio, si hubo una fórmula*



*aritmético-financiera en su concreción, ajena a factores no evaluables matemáticamente.*

*El tema, en definitiva, se reduce a valorar si la utilización de ese índice por la compradora constituía un elemento contractual o no; porque como dice la juez, el proceso que lleva a cada parte a fijar su posición negocial es complejo y lo que la juez valora es que no hay un acuerdo contractual sobre el proceso de determinación del precio, incorporado como ratio decidendi al contrato. Pero, obviamente, cada parte utilizó sus valoraciones y cálculos para ver si le convenía la oferta de la contraparte. Pero esos cálculos y valoraciones unilaterales de cada parte no forman parte del contenido negocial, no se integran en los elementos consensuados por ellas, consagrados en el contrato. De haberse tomado en cuenta ese índice, lo lógico hubiera sido su explícita mención en el contrato, pero, como dice la juez, nada de ello ocurre.”*

5. Sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General Extraordinaria de Newco celebrada con fecha 27 de abril de 2020.

En indicada fecha el accionista minoritario de Newco, Greed Group, votó en contra del segundo de los acuerdos adoptados en dicha Junta General Extraordinaria consistente en el aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar. La motivación de dicho voto en contra tuvo su razón de ser en considerar por parte de Greed Group que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar y que dicho aumento de capital se había realizado con el ánimo de diluir sustancialmente la participación de Greed Group en el accionariado de Newco toda vez que, a resultas de la ampliación de capital, la participación de Greed Group pasó a ser del 25 al 5%.

La impugnación de dicho acuerdo consideramos que es la acción más plausible que Greed Group pudiera ejercitar, si bien la misma no podría venir determinada por una demanda reconvenicional sino con una demanda ejercitada de forma autónoma toda vez que no existe coincidencia ni personal (habría que demandar en esta acción a Newco), ni de entidad de competencia objetiva ni territorial por cuanto que la demanda promovida por Sigaar sería tramitada en el Juzgado de 1ª Instancia de Valencia y la promovida por Greed Group su conocimiento vendría atribuido al Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

Como oposición a dicha demanda deberemos contemplar por parte de Newco, y de Sigaar si fuera demandada por ser el accionista que ha votado a favor del acuerdo, que el aumento de capital no viene como consecuencia de una aportación dineraria y/o no dineraria por parte de Sigaar sino que es un aumento de capital derivado de una compensación de un crédito que la *joint venture* Newco tiene con nuestro cliente.

Por ende, deberá estar perfectamente acreditada la existencia de dicho crédito, así como sus características y vencimiento a efectos de que no pueda ser considerado como un crédito ficticio que viciaría de nulidad el acuerdo de aumento de capital.

Como fundamentación jurídica de sustento de nuestra oposición a la impugnación del acuerdo que pudiera formularse por Greed Group, queremos poner de manifiesto el supuesto contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 26 de octubre de 2015, nº 298/2015, rec. 543/2013 que determina la inexistencia de fraude de ley en este tipo de acuerdos de aumento de capital por compensación de créditos con el siguiente tenor:

*“Revocación del acuerdo de aumento de capital con aportaciones dinerarias adoptado en la junta de 20 de mayo de 2010 (acuerdo primero del orden del día) y ampliación de capital con aportaciones dinerarias (acuerdo tercero del orden del día)*

#### *1.- Motivo de nulidad por infracción legal*

*La parte demandante y ahora apelante insiste en que la adopción de estos dos acuerdos puestos en relación con el mantenimiento y ejecución del acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos (préstamos participativos) adoptado en el punto octavo del orden del día de la anterior junta de 20 de mayo de 2010, constituye un fraude de ley ( artículo 6.4 del Código Civil) (EDL 1889/1) en la medida que permite eludir el derecho de suscripción preferente de los accionistas burlando los artículos 304 y 308.2.c del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital e indirectamente, se decía en la demanda, los artículos 300.1 y 2 y 308.2 del mismo texto legal, al resultar insuficientes los informes que daban cobertura a los acuerdos de ampliación de capital adoptados en la referida junta de 20 de mayo de 2010.*

*Considera el apelante que el acuerdo de ampliación de capital por compensación créditos adoptado en la junta de 20 de mayo de 2010 debería haber respetado el derecho de suscripción preferente o, en caso, de exclusión del mismo, fijar una prima de emisión suficiente para cubrir el cien por cien del valor real de la acción y que, en todo caso, para compensar la exclusión del derecho de suscripción preferente con relación a dicho acuerdo, se acordó otra ampliación de capital mediante aportaciones dinerarias, a la que los titulares de préstamos participativos se habían comprometido a no acudir que, además, se supeditaba a la aprobación de la primera, que permitiría a los demás accionistas mantener su porcentaje de participación.*

*Así, al revocarse este segundo acuerdo mediante el acuerdo adoptado en el primer punto del orden del día y aprobarse en el tercero una aumento de capital en el que se reconoce sin restricción el derecho de adquisición preferente -y, en consecuencia, también en favor de los accionistas que concurrieron a la ampliación de capital por compensación de créditos aprobada en la anterior junta, ya ejecutada- se infringe, a juicio de la demandante, el derecho de suscripción preferente de los demás accionistas y devienen insuficientes los informes del consejo de administración sobre las ampliaciones de capital aprobadas en la junta del mes de mayo.*

*El artículo 6.4 del Código Civil (EDL 1889/1) establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*

*Como reitera la jurisprudencia, sentencias, entre otras, de 17 abril 1997, 3 febrero 1998, 21 diciembre 2000, 28 de enero de 2005 y 14 de diciembre de 2011, el fraude de Ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley.*

*Por su parte estas dos últimas sentencias con cita de las de 4 noviembre 1994, 23 enero 1999, 27 mayo 2001 y 13 junio 2003, señalan que esta institución se caracteriza por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de "cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable». Además, la conducta debe*

*perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente ( sentencias de 27 marzo 2001 y 30 septiembre 2002, también citadas por las dos de referencia ya aludidas).*

*Se entiende que las normas de cobertura, no citadas por la actora, son aquellas que han permitido adoptar los acuerdos impugnados y las eludidas, los artículos 304 y 308.2.c del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en tanto que la actuación supone, como se decía en la demanda, "la vulneración del derecho de Suscripción preferente, en lo referente a la ampliación por compensación de créditos de la Junta de 20 de mayo de 2010" (énfasis añadido), e indirectamente, de los artículos 300.1, 301.2 y 308.2, al resultar insuficientes los informes elaborados por los administradores con relación a los acuerdos de aumento de capital adoptados en la referida junta.*

*La construcción del fraude de ley efectuada por la parte apelante resulta artificiosa y partía en la demanda de una premisa que no se comparte.*

*En esencia, el fraude consistiría en el desequilibrio que se produce al mantener el acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos -sin derecho de suscripción preferente- adoptado en la junta de mayo de 2010 y revocar el de ampliación de capital con aportaciones dinerarias -con derecho de suscripción preferente limitado a los accionistas no titulares de los créditos a compensar en el anterior acuerdo-, también adoptado en la junta de mayo de 2010, que se sustituye por el acuerdo de ampliación de capital con aportaciones dinerarias -con derecho de suscripción preferente a favor de todos los accionistas-, de modo que se vulneraría el derecho de suscripción preferente de los accionistas que no pudieron concurrir a la ampliación de capital por compensación de créditos adoptado en mayo de 2010.*

*En el recurso de forma tan sutil como inadmisibile ( artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (EDL 2000/77463) se modifican los términos de la demanda en tanto que el fraude ya no se localiza en la privación del derecho de suscripción preferente de los accionistas con relación al acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos de la anterior junta sino en la modificación de los términos del derecho de suscripción preferente de la ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias, en tanto que al suprimirse solo uno de los acuerdos adoptados*

*en la junta de mayo, los accionistas que no tenían créditos contra la sociedad ya no pueden ejercitar el derecho de suscripción preferente en los términos acordados.*

*En todo caso, tampoco se comparte que dicha actuación implicase un fraude de ley que afectase a los acuerdos objeto de la presente demanda.*

*No cabe duda de que la junta general de socios tiene plena libertad para ratificar, rectificar, sustituir o revocar ad nutum acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación e incluso durante la pendencia del proceso de impugnación - cuestión distinta y ajena al objeto del presente litigio son los efectos que pudieran tener en el proceso de impugnación en trámite- o concluido el mismo por sentencia definitiva (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012).*

*En la demanda se parte de la idea de que solo era admisible la ampliación de capital por compensación de créditos sin derecho de suscripción preferente porque en la misma junta de mayo de 2010 se compensaba la privación de tal derecho -que no se consideraba legal- mediante la ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias con derecho de suscripción preferente limitado a los accionistas que no tenían otorgados préstamos participativos a la sociedad, que eran los que podían acudir a la otra ampliación de capital. Al revocarse este segundo acuerdo entendía que se vulneraba el derecho de suscripción preferente de los socios que no habían podido concurrir a la ampliación de capital por compensación de créditos.*

*Como antes anunciábamos, no compartimos la premisa sobre la que la demandante construía en la demanda el fraude de ley.*

*El artículo 304.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital circunscribe el derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones que se hagan con cargo a aportaciones dinerarias. [...]*

*De la delimitación objetiva del derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias no existe ninguna duda, más polémica es la posible catalogación de los aumentos de capital por compensación de créditos como aportaciones dinerarias.*

*Admitiendo que la cuestión es polémica, el tribunal considera que el aumento del capital por compensación de créditos ( artículo 301 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) no implica un aumento con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 299),lo que exige que las aportaciones dinerarias sean nuevas.*

*Con independencia de la exacta naturaleza jurídica de la operación de aumento de capital por compensación de créditos (compensación, novación, dación en pago, canje de crédito por capital...) lo cierto es que las aportaciones dinerarias requieren nuevas aportaciones dinerarias (artículo 299)y el aumento por compensación de créditos no incorpora a la sociedad nuevos fondos dinerarias sino que capitaliza deudas frente a la sociedad y, concretamente, transforma en capital pasivo exigible, permitiendo así a la sociedad disponer de recursos de que otro modo habrían tenido que utilizarse para atender el pago de la deuda.*

*[...] Rechazado que el aumento de capital por compensación de créditos exija el reconocimiento del derecho de suscripción preferente, la revocación del acuerdo de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias en el que se reconocía el derecho de preferencia con el compromiso de los accionistas que eran titulares de los créditos a compensar en la otra ampliación de capital a no concurrir a la misma, no implica violación alguna de tal derecho.*

*[...] Corolario de lo anterior es que tampoco existiría fraude de ley por la adopción de los acuerdos aquí impugnados al determinar una especie de insuficiencia sobrevenida de los informes elaborados por los administradores con relación a los acuerdos de ampliación de capital adoptados en la junta del mes de mayo, de modo que se infringieran los artículo 300.1 y 301.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -y más concretamente este último-, lo que, de nuevo, afectaría a los acuerdos allí adoptados que no son objeto de la presente demanda.*

*Por lo demás, revocado el acuerdo de aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, el contenido del informe relativo a dicho aumento resulta irrelevante y no se explica en la demanda -muy sucinta en este particular- ni en el recurso, por qué la revocación de este acuerdo afecta al contenido del informe relativo a la ampliación de capital por compensación de créditos cuando era el primero de los reseñados (adoptado bajo el punto noveno de la anterior junta y revocado en la aquí*

*impugnada) el que se condicionaba a la aprobación del segundo (adoptado en el punto octavo del orden del día de la junta de mayo) y no al revés.*

*Al estar excluido legalmente el derecho de suscripción preferente en los acuerdos de aumento de capital por compensación de créditos, el fraude consistente en la alegada elusión del artículo 308.2 a)-al que se remite el artículo 504 con las particularidades señaladas en dicho precepto y en los siguientes para las sociedades cotizadas- resulta imposible”.*

No obstante, nos hemos limitado a aventurar las posibles acciones judiciales a promover por Greed Group, cuyas concretas causas de oposición quedarán determinadas tras el pormenorizado y detallado estudio de la demanda que en su día pudiera formularse.

Es todo cuanto tenemos el honor de informar, según nuestro leal, saber y entender lo que firmamos,

En Madrid a 11 de enero de 2021.

Fdo.: Marta Fernández de Aránguiz Aguillo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BBVA. Educación financiera. Empresas. “¿Qué es una joint venture?”
- Sarazá Jimena, R. “La responsabilidad civil del auditor de cuentas en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.” El Derecho. 6 de octubre de 2010
- Sánchez Calero-Guilarte, J. “Responsabilidad del auditor de cuentas”. 27 de noviembre de 2018.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de junio de 1998, nº 516/1998, rec. 881/1994. EDJ 1998/4859.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11 de abril de 2000, nº 395/2000, rec. 419/19999. EDJ 2000/5724.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 29 de junio de 2005 nº 533/2005, rec.148/1999. EDJ 2005/103461.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de junio de 2007, nº 362/2011, rec. 2096/2007. EDJ 2011/155198.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 21 de junio de 2007, nº 757/2007, rec. nº 5.020/2000. EDJ 2007/80183.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 24 de junio de 2007, nº 475/2011, rec. 1959/2007. EDJ 2011/130877.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 5 de diciembre de 2008, nº 1166/2008, rec. 1353/2003. EDJ 2008/234493.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 21 de septiembre de 2018, nº 520/2018, rec. 816/2015. EDJ 2018/571994.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 23 de julio de 2020, nº 455/2020, rec. 5488/2019. EDJ 2020/617226.

### **Audiencias Provinciales**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 18ª de 23 de septiembre de 2013, nº 385/2013, rec. 168/2013. EDJ 2013/253740.



- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 4ª de 11 de octubre de 2013 nº 475/2013, rec. 818/2012. EDJ 2013/31082.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 26 de octubre de 2015, nº 298/2015, rec. 453/2013. EDJ 2015/212255.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero de 2003, nº 263/2003, rec. 621/2002. EDJ 2003/195484.

## **LEGISLACIÓN**

- Código Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.