



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

AUTOR: MARTA MARTÍN-BORREGÓN GAMAZO

TUTORA: SARA DÍEZ RIAZA

*MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO DE LA EMPRESA
(2020-2021)*

MADRID

ENERO, 2021

RESUMEN

El presente trabajo consta de dos informes elaborados por un mismo despacho de abogados profesional donde se analizan con detalle cada una de las estrategias procesales y materiales que puede llevar a cabo el cliente en defensa de sus intereses y las posibles acciones judiciales que se pueden interponer de contrario.

Además, también se elabora un escrito de demanda inicial de acuerdo con la decisión estratégica más recomendable.

PALABRAS CLAVE: LSC – RESPONSABILIDAD – JOINT VENTURE – AUDITOR – ADMINISTRADOR – AMPLIACIÓN – MINORITARIO -

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Aranzadi Civil
<i>AAP</i>	Auto de la Audiencia Provincial
<i>ART</i>	Artículo
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CP</i>	Código Penal
<i>DGRN</i>	Dirección General de Registros y Notariados
<i>JUR</i>	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
<i>LEC</i>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>LSC</i>	Ley de Sociedades de Capital
<i>RDGRN</i>	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados
<i>RJ</i>	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
<i>ROJ</i>	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo

TABLA DE CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	5
<i>INFORME I</i>	6
1. <i>Base jurídica de las principales cuestiones materiales</i>	6
1.1. <i>Responsabilidad de la firma de auditoría</i>	6
1.2. <i>Opresión de la minoría de Newco por la ampliación de capital</i>	8
1.3. <i>Doctrina de los actos propios</i>	13
1.4. <i>Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar</i>	14
2. <i>Otras cuestiones materiales</i>	17
2.1. <i>La responsabilidad del administrador Sr. Fox</i>	17
2.2. <i>La valoración de la Joint Venture</i>	18
2.3. <i>Valor del acuerdo de intenciones y las declaraciones y garantías</i>	19
2.4. <i>Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados</i>	21
3. <i>Cuestiones procesales</i>	22
3.1. <i>Medidas cautelares</i>	22
3.2. <i>Jurisdicción y competencia</i>	25
3.3. <i>Legitimación activa y pasiva</i>	25
3.4. <i>Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC</i>	26
4. <i>Conclusión</i>	27
5. <i>Escrito de demanda</i>	29
<i>INFORME II</i>	38
1. <i>Cuestiones procesales de la posible demanda</i>	38
2. <i>Cuestiones materiales de la posible demanda</i>	39
3. <i>Conclusión</i>	41
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	42
<i>ANEXO DE LEGISLACIÓN</i>	44
<i>ANEXO DE JURISPRUDENCIA</i>	44

INTRODUCCIÓN

El presente informe recoge y analiza todas las alternativas estratégicas en defensa de la mercantil **Greed Group, S.A.** (en adelante, “Greed Group”) para iniciar las acciones judiciales oportunas y realizado por el bufete *Caimari & Asociados*.

En este informe se hará referencia a todas las cuestiones materiales que Greed Group pueda plantear frente a Sigaar, BV (en lo sucesivo, “*Sigaar*”), Newco, S.A. (en adelante, “*Newco*”) y Pufosa Asesores Financieros (en lo sucesivo, “*Pufosa*”). Una vez analizadas todas estas cuestiones, procederemos a un estudio detallado de las cuestiones procesales de la estrategia que consideremos más apropiada para los intereses de la mercantil española.

A continuación, elaboraremos un borrador de escrito de demanda de acuerdo con la decisión estratégica elegida. Este borrador siempre estará sujeto a cambios hasta la conformidad del cliente.

Por último, realizaremos un segundo informe sobre las cuestiones procesales y materiales de la posible demanda que pueda interponer Sigaar frente a Greed Group.

INFORME I

A continuación, analizamos las distintas cuestiones materiales que Greed Group puede plantear para la defensa de sus intereses: (i) la responsabilidad de la firma de auditoría, (ii) la opresión de la minoría en Newco al ampliar el capital de manera injustificada y la modalidad de ampliación elegida, (iii) la doctrina de los actos propios y, (iv) el valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar.

1. Base jurídica de las principales cuestiones materiales

1.1. Responsabilidad de la firma de auditoría

El informe de revisión financiera realizado por una firma de auditoría de reconocido prestigio en España: Pufosa Asesores Financieros, analiza los estados contables y los principales ratios económicos y financieros del negocio de Habanera, S.A.U. (en adelante, “Habanera”) a 31 de octubre de 2019 y se detallaba la previsión de resultados al cierre del ejercicio 2019.

Sigaar evaluó y consideró las posibles sinergias que la operación podía reportar y tuvo en especial consideración el informe elaborado por la firma de auditoría elegida por ella misma. Con base a todo ello, la sociedad holandesa ofreció por las acciones de Habanera un importe equivalente a ocho veces el EBITDA, el cual ascendía a 972.222 euros para el ejercicio 2019.

No obstante, tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, según el Sr. Fox se descubrieron determinadas irregularidades contables cometidas, a su juicio, por Habanera, para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019.

De esta manera, la aparición de las supuestas irregularidades que apunta la sociedad holandesa en la contabilidad de Greed Group carece de veracidad pues, como hemos mencionado previamente, el punto de partida para llevar a cabo la constitución de la Newco fue el informe de auditoría presentado por Sigaar, el cual no presentaba ninguna salvedad ni opinión negativa.

En virtud del artículo 268 de la LSC, el auditor de cuentas comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

Traemos a colación la **Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2018**¹, la cual aborda la responsabilidad de la firma de auditoría. Por un lado, la firma de auditoría argumenta la infracción del artículo 26 de la Ley 22/2015 de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, junto con el artículo 1101 del CC, por no existir una relación de causalidad entre la acción ilícita y el daño producido. No obstante, el Alto Tribunal recuerda la doctrina contenida en la **STS de 7 de junio de 2012**² y la **regla de la causalidad alternativa**, *por la que se considera que cada actividad que baste por sí para causar un daño, lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad.*

Por otro lado, el hecho de que el deber legal de formular las cuentas anuales corresponda a los administradores no comporta, según las propias normas técnicas de auditoría, la exoneración del auditor de efectuar las verificaciones oportunas que permitan detectar la existencia de irregularidades.

En suma, el diseño de los procedimientos de auditoría aplicados para la detección de irregularidades y errores significativos en las cuentas anuales de la sociedad, como los propios informes emitidos por la entidad auditora -Pufosa-, fundados en datos no debidamente contrastados, fueron elementos idóneos para producir un perjuicio patrimonial a la sociedad auditada.

Asimismo, el informe redactado por Pufosa, a pesar de las supuestas irregularidades descubiertas por el departamento de contabilidad de Sigaar, era completamente favorable, sin contener ninguna salvedad relevante.

Por lo tanto, la auditoría llevada a cabo por Pufosa, entidad designada por Sigaar, tiene especial relevancia a la hora de determinar el precio de la compraventa. Pues la entidad tiene la responsabilidad de contrastar y comprobar la información facilitada por Sigaar y, en caso de percibir alguna situación extraña, haber presentado un informe con las salvedades correspondientes.

¹ STS (Sala Primera, de lo Civil) Sección 1ª, núm.520/2018 de 21 septiembre (RJ 2018\4167).

² “En el caso enjuiciado el Tribunal de apelación aplicó correctamente los criterios de imputación causal, siguiendo la doctrina de esta Sala sentada en las sentencias 798/2008, de 19 de septiembre, 869/2008, de 14 de octubre, 115/2009, de 5 de marzo, 355/2009, de 27 de mayo, 815/2010, de 15 de diciembre, entre otras. Tuvo en cuenta, al fin, la regla de causalidad alternativa, según la que se entiende que cada actividad que baste por sí para causar un daño, lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad” (STS núm. 338/2012 de 7 de junio, FJ 7º RJ 2012, 7408).

Pufosa y Greed Group no mantienen ningún tipo de relación jurídica contractual por lo que en todo caso la responsabilidad que podría exigir Greed Group a la entidad auditora es extracontractual en virtud del artículo 1.902 del Código Civil (en adelante, “CC”).

Así, el artículo 26 de la Ley de Auditoría de Cuentas señala la responsabilidad de los auditores y sociedades de auditoría por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil. Estos daños y perjuicios se extienden a la entidad auditada y a terceros. Por lo tanto, Habanera – como entidad auditada- y Greed Group – como tercero perjudicado- podrán reclamar a la firma de auditoría por la vía de la acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC).

Nos parece relevante mencionar el reciente “*escándalo de Wirecard*” que pone en el punto de mira la responsabilidad de las empresas de auditorías y los errores cometidos por las mismas, en concreto por la firma Ernst & Young (EY). Este escandalo, equiparable al caso ENRON de EE.UU, tiene como epicentro, entre otros, la aprobación de las Cuentas Anuales del ejercicio 2018 por la firma de EY. Además, a raíz de este caso, la Unión Europea está planteando revisar las normas de auditoría europeas y las debilidades del marco legal de los servicios financieros, entre ellas, los conflictos de interés de las entidades auditoras³.

1.2. Opresión de la minoría de Newco por la ampliación de capital

En la Junta General extraordinaria de Newco -celebrada el 27 de abril de 2020- se adoptó, entre otros, el aumento de capital social de la Newco por compensación de créditos. A priori, el artículo 301.1 *in fine* de la LSC señala que cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años.

No debemos confundir estructuralmente el aumento de capital social por compensación de créditos con el incremento de capital social mediante la aportación dineraria de un crédito.

³ **Hernández Viguera, J.** “*El escándalo contable de WIRECARD: 1900 millones desaparecidos*”. En la Europa opaca de las finanzas. 6 de agosto de 2020. Pontevedra. Disponible en: <https://www.laeuropaopacadelasfinanzas.com/2020/08/el-escandalo-contable-de-wirecard-1900.html>

La primera modalidad se equipara con una cesión de crédito, pues el socio acreedor – en este caso, Sigaar- transforma una partida de pasivo en capital, modificando el patrimonio social. A diferencia del aumento de capital contra aportaciones dinerarias que implica la aportación de un crédito, el cual se confunde en el patrimonio de la sociedad⁴.

Asimismo, al tiempo de la convocatoria de la junta general, el Sr. Fox como **administrador único** debería de haber presentado un **informe** que contenga la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento. Además, por tratarse de una sociedad anónima, era necesario poner a disposición de los accionistas una **certificación del auditor de cuentas** de la sociedad que acreditase la exactitud de los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Y, por último, en el anuncio de la convocatoria de la junta debería haber constado el derecho de los accionistas de examinar el informe de los administradores y la certificación del auditor de cuentas (art. 300 LSC).

Por lo tanto, la estructura de compensación de créditos requiere: (i) la fijación de las condiciones de la compensación entre los administradores de la sociedad y el acreedor, (ii) los administradores deben elaborar un informe justificando el aumento de capital, (iii) la convocatoria de la Junta de socios y, (iv) la conversión del acreedor del crédito en socio de la sociedad.

No obstante, en este caso el acreedor del crédito - Sigaar- ya es socio de la Newco y, el Sr. Fox no ha fijado ni las condiciones de la operación ni ha justificado de manera razonable el aumento de capital en su condición de administrador. Además, ostenta la participación mayoritaria de Newco y, por ende, tiene un mayor control en la toma de decisiones en detrimento de Greed Group.

Más a más, la ampliación de capital conlleva una modificación de los estatutos sociales por lo que, en este caso, el Sr. Fox deberá de justificar el aumento de capital de manera razonable por mor del artículo 286 de la LSC. La justificación del acuerdo debe responder a una razón objetiva y al sacrificio del socio minoritario.

⁴ **Alfaro, J.** “El aumento de capital por compensación de créditos”. Almacén de Derecho. 8 de marzo de 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/leccion-aumento-capital-compensacion-creditos>

Además, no solo deberá justificarse la finalidad del aumento de capital, sino también la modalidad elegida, ya que la compensación de créditos no incluye derecho de suscripción preferente y aboca necesariamente a la dilución de la participación social del socio minoritario⁵.

Como acabamos de mencionar, una de las notas características del aumento de capital por compensación de créditos es la inexistencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente⁶.

La Dirección General de Registros y Notariado (en adelante, “DGRN”), **Resolución 6 de febrero de 2012**⁷, aclara que únicamente existe derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias:

“En este sentido, si el legislador hubiera tenido la intención de que en la ampliación de capital por compensación de créditos se tuviera que tener en cuenta el derecho de suscripción preferente, así lo habría establecido tanto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (...)”

En esta misma línea, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2015**⁸ y la **Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2020**⁹.

Esta carencia implica una alteración en el régimen de las mayorías para el buen funcionamiento de la sociedad y una defectuosa formación de la voluntad social, perjudicando de la forma más gravosa a los socios minoritarios. Por lo tanto, es manifiestamente necesario *extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social*”. (**RDGRN de 2 de octubre de 2015**).

Por otro lado, cabe mencionar que en el Acta de la Junta quedó expresado que Greed Group – accionista minoritario- votó en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un **ejercicio abusivo de la mayoría** por parte de Sigaar.

⁵ **García-Villarrubia, M.** “Los grupos de casos de acuerdos abusivos”. En El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, n.º 76. Uría Menéndez. 2019. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos>

⁶ **Alfaro, J.** “El aumento de capital por compensación de créditos” (...) *Ibidem*.

⁷ RDGRN 6 de febrero de 2012. Publicado BOE 1 de marzo de 2012. Sección III. Núm. 52. Disponible en: <https://merchantadventurer.files.wordpress.com/2012/03/rdgrn-6-2-2012.pdf>

⁸ SAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 298/2015 de 26 de octubre [ROJ 14563/2015]

⁹ RDGRN 7 de febrero de 2020. Publicado BOE 26 de junio de 2020. Sección III. Núm. 177. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/06/26/pdfs/BOE-A-2020-6793.pdf>

Además, esta operación se había realizado con el ánimo de diluir sustancialmente la participación de Greed Group en Newco, pues como consecuencia del aumento de capital, Sigaar controla el 95% del capital.

Con carácter general, los acuerdos susceptibles de impugnación son aquellos que son contrarios a la ley, a los estatutos sociales o aquellos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204 LSC).

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012**¹⁰ recuerda que *“para la viabilidad de la impugnación de acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de, los siguientes requisitos: 1º un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2º que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios”*.

Y, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000**¹¹, reiterada en la de **29 de noviembre de 2002**¹², señala: *“que es preciso que el acuerdo sea lesivo para el interés social (...); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio”*.

No obstante, el artículo 204.1 *in fine* de la LSC señala que el abuso de mayoría, aun no causando un daño al patrimonio social, lesiona el interés social y es, por tanto, causa de impugnación. La Ley entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2012**¹³ apunta que la impugnación del acuerdo social se justifica cuando su finalidad es perjudicar a un determinado socio, debilitando severamente su participación social, sin que éste tuviera posibilidad de reaccionar en igualdad de condiciones con los demás para evitar tal resultado.

Por lo tanto, aun no causando daño patrimonial a la sociedad, se entiende que se impone un acuerdo con carácter abusivo de la mayoría cuando, sin responder a una necesidad razonable, se

¹⁰ STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, FJ 7º, núm. 991/2012 de 17 de enero (RJ 2012/4981).

¹¹ STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 193/2000 de 4 de marzo (RJ 2000/1502).

¹² STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 1131/2002 de 29 de noviembre (RJ 2002/10400).

¹³ SAP de Madrid (Sección 28ª) de 23 de noviembre [ROJ 21004/2012]

adopta en interés de uno o varios socios y en detrimento del resto. Es decir, actuar con el fin de obtener una ventaja a costa del patrimonio social o del patrimonio de los socios minoritarios¹⁴.

En efecto, el Tribunal Supremo ha confirmado la declaración de nulidad con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del CC¹⁵. Así como, la concurrencia de abuso de mayoría como causa de impugnación de acuerdos sociales¹⁶.

El Alto Tribunal define el “abuso de la mayoría”, no solo como un abuso de derecho propiamente, sino como la infracción del deber jurídico de los socios mayoritarios. Este tipo de abuso se encuentra tipificado en la norma societaria -en concreto en el artículo 204.1 *in fine* de la LSC, por lo que no es necesario acudir a la disciplina general del artículo 7.2 del CC cuando concurren las características propias del abuso de derecho: (i) uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, (ii) desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y, (iii) daño a un tercero.

Así, el acuerdo por el cual se incrementa el capital social de Newco y, consecuentemente, Sigaar adquiere una mayoría en el capital (95%) permitiéndole controlar la sociedad, fue adoptado con una intención y en unas circunstancias anormales que lo hacen constitutivo de abuso de derecho y susceptible de impugnación por la vía del artículo 204 de la LSC.

En suma, el aumento de capital por compensación de créditos por parte de Sigaar tiene carácter abusivo por haberse adoptado con abuso de la mayoría de Sigaar, ya que Greed Group, en calidad de accionista minoritario, no tiene capacidad para influir en las decisiones de la sociedad. Además, esta modalidad de aumento carece del derecho de suscripción preferente lo que imposibilita a Greed Group a suscribir nuevas acciones. En otras palabras, Sigaar, a través de la operación de aumento de capital, pretendía promover intereses extrasociales con apariencia de intereses legítimos debido a la confusión entre la voluntad social y el interés de la sociedad. Esta confusión es lo que produce un ejercicio abusivo de la mayoría y una opresión hacia los accionistas minoritarios.

Por lo tanto, el abuso de mayoría de Sigaar podrá sancionarse vía impugnación del acuerdo social en virtud del artículo 204 y siguientes de la LSC.

¹⁴ **Álvarez Sánchez de Movellán. P.** “*Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*”. 27 de octubre de 2015. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. Pág. 119.

¹⁵ STS (Sala Primera, de los Civil), Sección 1ª, núm. 510/2017 de 20 de septiembre, FJ 3º [RJ 2017/4634].

¹⁶ STS (Sala Primera, de los Civil), Sección 1ª, FJ 7º, núm. 73/2018 de 14 de febrero [ROJ 410/2018].

1.3. Doctrina de los actos propios

El hecho de que el Sr. Fox, en calidad de administrador mancomunado de Sigaar llevase a cabo la operación de constituir la Newco, aportase un informe elaborado por la auditoría Pufosa y, más tarde alegue que se han cometido irregularidades en la contabilidad de Greed Group infringe la denominada doctrina de actos propios. Esta doctrina encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del CC y en reiterada jurisprudencia.

La doctrina de actos propios defiende que no puede existir un quebranto del deber de coherencia en los comportamientos de las partes, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir una determinada situación jurídica con carácter perjudicial a su autor, ocasionando contradicción entre la conducta precedente y la actual (**SAP de Vizcaya, Sección 5ª, núm. 370/2012, de 9 de octubre**).

En efecto, esta incoherencia se refleja en que el Sr. Fox, en representación de Sigaar, supervisó y revisó – mediante informes de auditoría- la contabilidad económica y financiera de Greed Group antes de proceder a la firma de la Joint Venture. Es más, la firma de auditoría fue elegida por ella misma y, a la hora de ofrecer el precio de las acciones, tomó en especial consideración la documentación facilitada por Pufosa. A mayor abundamiento, el informe del experto independiente que valoró las aportaciones no dinerarias arrojó un resultado similar al informe de la auditoría Pufosa.

El principio general del derecho de prohibir o sancionar la actuación en contra de los actos propios encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza depositada en el comportamiento ajeno.

Nuestros Tribunales han acudido de forma recurrente a este principio, cuyos requisitos son los siguientes:

- a) Que el acto haya sido realizado libremente.
- b) Que exista un nexo causal entre dicho acto y el acto posterior incompatible.
- c) Que el acto sea concluyente, suponiendo por tanto el consentimiento de quien lo ejecuta de crear, modificar y extinguir un derecho.

Así, quien crea una situación de confianza para que una persona obre en un sentido determinado, no puede con posterioridad pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real.

En esta línea, la **Sentencia de Tribunal Supremo de 9 marzo de 2012**¹⁷ refiere que:

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

Y, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de septiembre de 2010**¹⁸:

“Como expresa la doctrina jurisprudencial, el principio general del derecho que impide ir o contradecir los actos propios tiene su apoyo legal en el art. 7.1. C.Civil -exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico y de coherencia en el tráfico jurídico-, requiere el carácter concluyente e indubitado con plena significación inequívoca del acto realizado, como expresión inequívoca del consentimiento; y por ello es inaplicable en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia -SSTS 31 enero 1995, 3 febrero 1998, 22 octubre 2003 y 21 abril 2004 -.”

En definitiva, el hipotético descubrimiento de Sigaar de irregularidades en la contabilidad de Habanera, meses más tarde a la firma del acuerdo de intenciones, declaraciones y garantías por parte de Greed Group y a la constitución de la Newco, es contrario a la doctrina de actos propios. Además, es importante resaltar la similitud de los informes - en cuanto al resultado- del experto independiente de las aportaciones no dinerarias y de la firma de auditoría de Pufosa.

1.4. Valor del informe redactado por el departamento de contabilidad de Sigaar

Tras la toma de participación de Sigaar en Habanera, el Sr. Fox puso de manifiesto que se descubrieron determinadas irregularidades en la contabilidad de Habanera para incrementar el EBITDA del ejercicio 2019, de forma que resultara un mayor recio por sus acciones. Para ello, el Sr. Fox mostró un informe financiero realizado por el departamento de contabilidad de Sigaar, en el que se calculaba un EBITDA corregido para dicho ejercicio de 771.460 euros.

A priori, el artículo 263 de la LSC apunta que las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión deberán ser revisados por un auditor de cuentas. Asimismo, el auditor de cuentas comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera

¹⁷ STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, FJ 9º, núm. 147/2012 de 9 de marzo [RC 6712/2009].

¹⁸ SAP de Burgos, Sección 3ª, FJ 5º, 24 de septiembre de 2010 [JUR 2010\361990].

y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio (art. 268 LSC).

Ahora bien, en caso de que el informe – documento privado- sea propuesto y aportado como prueba en el proceso judicial por parte de Sigaar, no cabe iniciar su impugnación pues no se cuestiona su autenticidad sino la eficacia probatoria de su contenido. Por ello, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 8 de abril de 2005** aclara que el documento produce efectos internos frente a los autores, *“pero, en ningún caso constituiría frente a terceros prueba legal de su intrínseca veracidad”*.

En la misma línea, el **Tribunal Supremo, Sentencia de 26 de enero de 2001**, apunta que los documentos privados no impugnados no gozan del mismo valor probatorio que los documentos públicos.

La fe pública notarial lo único que acredita es el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, así como que los otorgantes han hecho ante notario determinadas declaraciones, pero no la verdad intrínseca de éstas, que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario.

Al mismo tiempo, la doctrina del Tribunal Supremo distingue entre la autenticidad del documento y la eficacia probatoria de éste. (**STS de 30 de septiembre de 1995, 17 de marzo de 1997, 30 de octubre de 1998, 21 de noviembre de 2000, 26 de enero de 2001, 31 diciembre 2003, 25 de marzo de 2004, y de 19 de abril de 2004** entre otras).

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001** confirma que *“la autenticidad hace referencia a la concordancia del autor aparente del documento con el autor real (...). Otra cosa es la **eficacia probatoria** de dichos documentos, es decir, que pruebe su contenido. Y en orden a tal punto es de significar que la impugnación o falta de reconocimiento por la contraparte de un documento no impide a los Tribunales atribuirle valor probatorio en unión de otras pruebas”*. En la misma línea, **STS de 11 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1988 y 23 de noviembre de 1990 y de 13 de febrero de 2003**.

Actualmente, los Tribunales equiparan la falta de impugnación de un documento con el reconocimiento del valor probatorio de su contenido.

De esta manera, en caso de impugnar un documento atendiendo a criterios meramente valorativos se plantean dos cuestiones en virtud del artículo 326 de la LEC¹⁹:

- (i) Qué prueba específica se debe proponer frente a la impugnación del valor probatorio.
- (ii) Quién asume las costas, gastos y derechos derivados de la práctica de la correspondiente prueba.

La Ley únicamente admite la impugnación de documentos privados en lo relativo a su autenticidad. En este caso, el artículo 326 de la LEC propone el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Por lo tanto, en el caso de aportar un documento privado que refuerce la virtualidad de las alegaciones fácticas, este documento constituye una prueba inútil e innecesaria por tratarse de la cuestión de fondo.

Por ello, los gastos de la práctica de la prueba recaen sobre la parte que haya aportado la prueba inútil e innecesaria. La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 2004** señala:

“En el caso debatido la impugnación fue esencialmente valorativa y por tanto extemporánea. Al exponer el actor que determinadas facturas (documentos n.1 a 5) estaban libradas por terceros ajenos a las partes y desconocidos para el actor, éste no puso en duda la autoría, realidad, integridad y veracidad formal de los documentos, sino que planteó su inoponibilidad, lo que es una cuestión meramente de valoración probatoria. Tan cierto es que esos documentos ningún efecto han producido en el pleito por sí mismos (son documentos inútiles a los efectos debatidos, referidos a trámites previos al en- cargo de impresión). A ello no empece que se haya practicado prueba testifical (prueba que es independiente de la documental). Era por ello inútil impugnar los documentos y no era preciso por tanto advenirlos (...).”

En síntesis, el contenido del informe interno elaborado por el departamento de contabilidad de Sigaar únicamente produce efectos frente a los autores, nunca frente a terceros. En caso de que la sociedad holandesa aporte el informe como documento privado en el proceso judicial no procede impugnar tal medio de prueba pues la ley únicamente establece este mecanismo para valorar la autenticidad del documento, no su eficacia probatoria. Por lo tanto, en caso de aportar tal informe como medio para reforzar la virtualidad de las alegaciones fácticas, constituirá una prueba

¹⁹ **Temprano Vázquez, C.** “El valor probatorio de los documentos privados y los motivos de impugnación”. En LA LEY. 4 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://www.ontier.net/ia/carmentempranolaley040915.pdf>

innecesaria e inútil. Por último, la no impugnación de los medios de prueba no acredita la eficacia probatoria de los mismos. Es más, es el Juez quién debe valorar el informe junto con el resto de las pruebas y bajo las reglas de la sana crítica.

2. Otras cuestiones materiales

2.1. La responsabilidad del administrador Sr. Fox

Entre los acuerdos adoptados en la Junta, la destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist – administrador mancomunado de Sigaar- implica una situación de conflicto de intereses. En concreto, el artículo 228 de la LSC establece que los administradores deberán de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Por lo tanto, el Sr. Roist y el Sr. Fox tienen una estrecha vinculación por ser miembros del órgano de administración de Sigaar - accionista mayoritario de Newco -.

Por ello, el incumplimiento del deber de lealtad propio de cualquier administrador significa que los socios perjudicados puedan entablar las acciones de responsabilidad frente al administrador.

Greed Group podrá interponer la **acción social de responsabilidad** frente al Sr. Fox en interés de la sociedad y por infracción del deber de lealtad del administrador Sr. Fox, sin necesidad de someter la decisión a la junta general (art. 239.1 *in fine* LSC).

O bien, Greed Group podrá entablar la **acción de responsabilidad individual** por los actos del Sr. Fox por lesionar directamente sus intereses (art. 241 LSC). Para iniciar este tipo de acciones es importante acreditar tanto que el acto lesivo se deriva de la conducta de los administradores como que el daño se produce por la infracción del deber de lealtad del administrador por no proteger la esfera jurídica del socio²⁰.

La acción de responsabilidad contra el Sr. Fox prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse (art. 241 bis LSC).

²⁰ **Alfaro, J.** “La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad”. En Almacén de Derecho. 21 de mayo de 2018. Disponible en: <https://almacenderecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>

En suma, el Sr. Fox ha infringido su deber de lealtad por haber participado en la votación del Sr. Roist como administrador único de Newco. La infracción de este deber determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227.2 LSC). Además, Greed Group – como socio perjudicado- podrá entablar las correspondientes acciones de responsabilidad frente al Sr. Fox. La acción social en interés de la sociedad y la acción individual por ver perjudicada directamente su esfera jurídica como consecuencia del acto lesivo del administrador.

2.2. La valoración de la Joint Venture

El contrato de Joint Venture es una forma de cooperación entre empresas que gozan de autonomía, jurídica y económica, bien mediante la constitución de una empresa común -con personalidad jurídica propia, pero controlada por las mismas- o a través de la firma de un contrato, con el fin de llevar a cabo, de forma conjunta, una obra o un servicio, duradero o provisional en el tiempo, dotándole de apoyo técnico, financiero, humano o comercial de sus propias empresas.

La jurisprudencia ha definido el concepto de JV, partiendo de la regulación descrita en los artículos 239-243 del Código de Comercio, como *los acuerdos de colaboración mercantil concluidos por dos o más empresarios (o empresas), permaneciendo independientes unos de otros y con motivo de la realización de una inversión común administrada por un gestor y que dicha colaboración no precisa de personalidad jurídica propia (STS 20 junio de 1992 y STS 30 mayo de 2008).*

La ventaja básica de este tipo de contratos es que las partes aportan activos complementarios y, así se permite minimizar los riesgos del proyecto de Joint Venture.

Jesús Alfaro²¹ manifiesta que la división de las acciones o participaciones sociales al 50% resulta ineficiente. No obstante, el carácter preferente de esta división se debe a que “*la alternativa es peor*”. Es decir, el hecho de que exista una participación mayoritaria puede implicar la explotación del socio minorista. Es cierto, que rara vez los dos socios aportan bienes o derechos con el mismo valor, aún así hay aportaciones que carecen de valor como las intangibles o tácitas (reputación, relaciones con terceros, imagen...); y por ello, se debe hacer una división desigual

²¹ **Alfaro, J.** “*La joint-venture, filial común o sociedad conjunta*”. En Almacén de Derecho. 2 de junio de 2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/la-joint-venture-filial-comun-sociedad-conjunta>

de las acciones cuando la aportación de los socios difiera de una manera clara. El fundamento es lógico: evitar la explotación del socio minorista.

Por lo tanto, la constitución de la Joint Venture no comporta ningún defecto legal pues ambas partes estuvieron de acuerdo en la división de las acciones de Habanera. Sin embargo, es recomendable que en este tipo de operaciones el reparto de las acciones sea a partes iguales para evitar daños y perjuicios a los socios minoritarios.

2.3. Valor del acuerdo de intenciones y las declaraciones y garantías

El acuerdo o carta de intenciones (en inglés, *Letters of Intent*) es aquel documento que recoge los aspectos y condiciones más importantes de la operación con carácter previo a la firma del contrato de Joint Venture. Debido a la ausencia de regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia y doctrina se han pronunciado sobre el carácter vinculante o no de los acuerdos de intenciones²².

Desde el inicio, el Tribunal Supremo ha definido el acuerdo de intenciones como el punto de partida de las negociaciones. Es más, aproxima los compromisos de intenciones a los tratos preliminares o tratos previos más que a la figura del precontrato, pues este acuerdo no es más que un compromiso de iniciar negociaciones entre las partes.

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1998**²³ declara que:

“El documento, en suma, no sería más que el punto de partida para seguir negociando”.

“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”.

²² **Martín Narros, Héctor D.** “Concepción y eficacia de las *letters of intent*, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones (I)”. 1 de febrero de 2009. Noticias jurídicas. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4426--concepcion-y-eficacia-de-las-letters-of-intent-los-memoranda-of-understanding-y-los-acuerdos-de-intenciones-i/>

²³ STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), FJ. 2º, núm. 516/1998 de 3 de junio [ROJ 3626/1998].

Y, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid de 19 de diciembre de 2014**²⁴, la cual señala:

“Es cierto que las cartas de intención son figuras del derecho anglosajón de difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Su naturaleza vinculante o no dependerá tanto del título que le hayan dado las partes como de su contenido.”

Mientras tanto, la Doctrina²⁵ se ha pronunciado sobre el concepto de los acuerdos o compromisos de intenciones. De esta manera, **Díez-Picazo** los define como “*contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella*”. Otros autores como **Llodrà Grimalt**, equipara los acuerdos de intenciones a los memoranda of understanding, afirmando que son: “*la plasmación por escrito, a efectos probatorios, de las conversaciones que se mantienen durante la negociación contractual*”.

Otro grupo considera que la firma del acuerdo de intenciones puede quedar sometido al resultado de la Due Diligence siendo la firma del pacto de intenciones la culminación de proceso negociador, incluyendo los términos más esenciales.

No obstante, la firma del acuerdo de intenciones no es lo mismo que el contrato definitivo, siendo necesario el consentimiento separado para cada uno de los acuerdos. La suscripción del acuerdo de intenciones implica el inicio de las negociaciones del contrato definitivo. Son dos acuerdos con derechos y obligaciones diferentes y con sustantividad propia.

En síntesis, el acuerdo de intenciones firmado por el Sr. Fox y el Sr. Gekko recoge los elementos para ser un contrato (art. 1261 CC): (i) objeto, (ii) causa y, (iii) consentimiento. Cabe destacar que el consentimiento prestado por las partes es únicamente para someterse al acuerdo de intenciones. La eficacia de estos acuerdos es similar a la de los pactos parasociales. Además, la firma del compromiso de intenciones está sometido al resultado de la Due Diligence de Greed Group y al informe de auditoría presentado por Sigaar.

Al mismo tiempo, el acuerdo de intenciones contenía declaraciones y garantías por parte de Greed Group con un período de validez de 24 meses – finalmente, en el contrato final se estableció una vigencia de 12 meses-sobre la veracidad de los estados contables y financieros de Habanera. La finalidad principal de estas declaraciones y garantías es asegurar el resarcimiento del comprador

²⁴ SAP de Madrid (Sección 20ª), FJ 6º, núm. 573/2014 de 19 de diciembre [AC 2015/92].

²⁵ **Martín Narros, Daniel. H.** *Ibidem*.

ante las posibles falsedades por parte del vendedor. Además, estas garantías aseguran Sigaar que los estados contables y financieros de Habanera son veraces. A mayor abundamiento, estas declaraciones se califican contractualmente para evitar la opción de rescisión²⁶.

Por lo tanto, el hecho de que Sigaar no se haya pronunciado durante la fase del acuerdo de intenciones sobre las supuestas irregularidades contables que manifiesta meses después de la constitución de Newco significa que no existen dichas falsedades contables. Además, el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por el experto independiente arroja un resultado similar al establecido en el informe de la auditoría Pufosa.

2.4. Valoración de la indemnización y cuantificación de los daños causados

En relación con la valoración de la indemnización y la cuantificación de los daños causados, debemos mencionar el artículo 204.2 *in fine* de la LSC: “Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o *la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.*”

Greed Group podrá instar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la adopción de los acuerdos sociales en la junta y, por ende, los daños patrimoniales producidos por la minoración de su participación social en Newco. Dentro de los daños patrimoniales podemos distinguir entre el daño emergente y el lucro cesante. El primero hace referencia al daño causado por la adopción del acuerdo; mientras que el lucro cesante es la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia del hecho lesivo.

Greed Group gozaba de un alto reconocimiento y prestigio en los mercados español y caribeño y, entre sus productos, destacaba la gomina que era la más utilizada por los banqueros de la *city londinense*. Por lo tanto, las manifestaciones realizadas por Sigaar sobre las irregularidades en la contabilidad de su filial más destacada, puede llegar a producir un daño moral.

²⁶ **Payet Puccio, José. A.** “Reflexiones sobre el contrato de compraventa de empresas y la responsabilidad del vendedor”. En ius La Revista. Última consulta 6 de diciembre de 2020.

A mayor abundamiento, Ramón Maciá Gomezí²⁷ distingue entre el daño patrimonial y el daño moral. En concreto, apunta que la diferencia entre ellos es la aptitud del dinero, en uno y en otro caso, para reparar la utilidad perdida. No obstante, también considera que un mismo hecho puede provocar tanto daño patrimonial como daño moral, ya se directamente, o por la afección moral que contiene.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización²⁸, los daños patrimoniales podrán ser valorados, entre otros, por informes periciales. No obstante, los daños morales resultan incuantificables por su naturaleza (STS de 12 de mayo de 1990, de 25 de febrero de 1992 y 23 de noviembre de 1996). El Alto Tribunal señala que *el daño moral no se puede calcular sobre la base de diversos criterios predeterminados, más o menos precisos, y solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en la convención general de la necesidad de reparación del dolor producido por la ofensa padecida* (STS de 26 de septiembre de 1994 y de 10 de febrero de 2006).

En suma, la adopción de los acuerdos sociales produce un daño patrimonial, y las manifestaciones sobre las irregularidades contables de Habanera pueden ocasionar un daño moral para Greed Group. En relación con la cuantificación del monto indemnizatorio, los primeros podrán ser valorados por pruebas periciales, mientras que los daños morales deberán ser valorados junto con el resto de las circunstancias ocurridas.

3. Cuestiones procesales

En caso de que Greed Group decida impugnar el acuerdo social por el cual se aumenta el capital social de Newco injustificadamente, se deberán de tener en cuenta las siguientes cuestiones procesales.

3.1. Medidas cautelares

Las medidas cautelares son aquellas que podrán solicitarse antes o durante el proceso con el fin de velar por la eficacia del mismo en caso de estimarse la pretensión para asegurar su ejecución. En relación con el momento de solicitar estas medidas, el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que:

²⁷ Maciá Gomezí, R. “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral”. En Revista de responsabilidad civil y seguro. Disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/rc36doctrina2.pdf>. Última consulta 6 de enero de 2021.

²⁸ Maciá Gomezí, R. *Ibidem*.

- “1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal.
2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.”

Con carácter general, tras la solicitud de medidas cautelares, el Tribunal proveerá previa audiencia del demandado, salvo cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado (art. 733 LEC).

En este sentido, el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 2017**²⁹:

“Constituyendo las medidas cautelares un mecanismo para asegurar la efectividad de la tutela impetrada en el proceso principal -de declaración- del que forman parte indisociable y en función del cual existen, y no un mecanismo de tutela sumaria, autónomo y, de algún modo, sustitutivo de aquél. Como se ha dicho, las medidas cautelares no están pensadas “en vez” del proceso de declaración ni, por ende, para obtener lo mismo que en él, sino para asegurar, en tanto aquél se sustancia, que si la sentencia que en definitiva recaiga, en finalmente favorable al peticionario, podrá ser cumplida o ejecutada (en sentido amplio) una vez que se dicte.”

Es más, estas medidas únicamente podrán ser instadas por la parte actora o reconveniente (art. 721 LEC). Es más, el artículo 728 de la LEC enumera los requisitos generales para la adopción de medidas cautelares: (i) *periculum in mora* o el peligro por la mora procesal, (ii) *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho y, (iii) la prestación de caución.

En concreto, el peligro por la mora procesal es aquel factor que atenta al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE). Por ejemplo, los acuerdos sociales adoptados en la Junta podrían afectar a la estructura de la sociedad y del accionariado, afectando a derechos de terceros de buena fe³⁰.

²⁹ AAP de Barcelona (Sección 19ª), núm. 114/2017, FJ 2º, de 1 junio. AC 2017\1343

³⁰ **Palá Laguna, R.** “Suspensión cautelar de los acuerdos sociales por los que se aprueba una fusión transfronteriza tripartita por absorción”. Gómez-Acebo y Pombo. Noviembre 2019. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/11/Suspension-cautelar-de-los-acuerdos-sociales-1.pdf>

Es más, en caso de no suspender los acuerdos sociales se produce una merma de los derechos del socio minoritario – Greed Group, S.A. (en adelante, “Greed Group”)- y el control “omnímodo” de la sociedad por Sigaar, BV (en adelante “Sigaar”) al alcanzar el 95% del capital social de Newco, S.A. (en adelante, “Newco”).

En relación con la apariencia de buen derecho, los acuerdos sociales son lesivos para el interés de la sociedad por haberse adoptado de manera abusiva por el accionista mayoritario – Sigaar-, es decir, se han adoptado en interés propio de la mayoría sin justificación razonable alguna.

Por último, salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida (art. 728. 3 LEC).

La caución podrá otorgarse en dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante cualquier otro medio que el Tribunal garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate (art. 529.3 apartado 2 LEC).

Entre las posibles medidas cautelares que puede solicitar Greed Group junto con su demanda principal, encontramos:

- (i) La **suspensión de los acuerdos sociales** adoptados en la junta general extraordinaria de 27 de abril de 2020: (i) la designación del administrador Sr. Roist en sustitución del Sr. Fox y, (ii) el aumento de capital social por compensación de créditos.

La suspensión de los acuerdos sociales requiere que el demandante -Greed Group- represente, 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 (art. 727.1. 10º LEC). En este caso, Newco no es una sociedad cotizada por lo que basta que el socio impugnante posea el 1% del capital social.

- (ii) La **anotación preventiva de demanda** para hacer constar al Registro Mercantil el ejercicio de una acción que puede modificar jurídicamente una situación inscrita.

En todo caso, la solicitud de medidas cautelares tiene un carácter accesorio del proceso principal, es decir, no se mantendrá ninguna petición cautelar una vez haya finalizado el proceso principal y se solicitarán en pieza aparte.

3.2. Jurisdicción y competencia

En virtud del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”), los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. De esta manera, el orden civil conocerá de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta general extraordinaria de Newco.

Por otra parte, el conocimiento, en primera instancia, sobre la impugnación de acuerdos sociales le corresponde a los Juzgados de lo Mercantil por mor del artículo 86 ter.2 a):

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

a) todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

Por último, en relación con la competencia territorial, aplicaremos el fuero especial previsto en el artículo 52.1. 10º de la LEC: *En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social.*

El artículo 9.1 de la LSC señala que el domicilio social se fijará donde se encuentre su centro efectivo de administración y dirección, o bien donde radique su principal establecimiento o explotación. Newco tiene su domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº12 de Barcelona, por lo que, la demanda de impugnación de acuerdos sociales debe presentarse ante los Juzgados de Barcelona.

En suma, el orden civil conocerá de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta general extraordinaria de Newco celebrada el pasado 27 de abril de 2020. La competencia objetiva y territorial se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

3.3. Legitimación activa y pasiva

En virtud del artículo 10 de la LEC, serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso por ver sus intereses perjudicados.

Por lo tanto, la legitimación activa responde a la capacidad para iniciar un procedimiento judicial; mientras que la legitimación pasiva es la capacidad para controvertir la pretensión de la demanda.

Por una parte, el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) señala que la legitimación para impugnar los acuerdos sociales se atribuye a cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y **los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo**, siempre que representen, individual o conjuntamente, **al menos el uno por ciento del capital**.

En relación con los requisitos de la legitimación activa, Greed Group (i) posee un 5% del capital social y, (ii) ostenta la condición de socio al tiempo de adoptarse los acuerdos sociales susceptibles de impugnación.

Por otra parte, el artículo 206.3 de la LSC afirma que la legitimación para soportar la acción de impugnación recae sobre la sociedad – Newco-, pues los acuerdos sociales son actos jurídicos unitarios de la sociedad³¹. Además, en virtud del artículo 10.1 de la LEC, la sociedad ostenta la condición de parte procesal legítima por ser titular de la relación jurídica litigiosa.

A priori, no concurre litisconsorcio pasivo del administrador – Sigaar- que promovió la adopción de los acuerdos impugnados (SAP Madrid de 24 de septiembre de 2012³²). No obstante, ello no implica que pueda intervenir posteriormente en el procedimiento (STS de 15 de enero de 2014³³). En caso de que la parte demandada considere que no ostenta la legitimación pasiva, deberá de expresarlo en su contestación, aunque es una cuestión susceptible de oficio (SAP de Alicante de 3 de abril de 2014³⁴).

3.4. Procedimiento a seguir de conformidad con la LEC

La impugnación de los acuerdos sociales se tramitará por las reglas del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207.1 LSC).

³¹ **Massaguer Fuentes, J.** “Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales”. En Almacén de Derecho. 29 de mayo de 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-legitimacion-materia-impugnacion-acuerdos-sociales>

³² SAP de Madrid (Sección 28ª), núm. 263/2012 de 24 de septiembre [LA LEY 161420/2012].

³³ STS (Sala Primera, de lo Civil), núm. 697/2014 de 15 de enero [LA LEY 848/2014].

³⁴ SAP de Alicante (Sección 8ª), núm. 70/2014 de 3 de abril [LA LEY 59648/2014].

En virtud del artículo 249.1. 3º de la LEC, se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, *las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.*

Por ello, Greed Group interpondrá **escrito de demanda de juicio ordinario** de impugnación de acuerdos sociales adoptados en la junta general extraordinaria celebrada el pasado 27 de abril de 2020 ante los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

4. Conclusión

Como resumen y corolario de todo lo expuesto, este despacho profesional considera que Greed Group podrá exigir la **responsabilidad extracontractual** – por no existir relación contractual- a la entidad auditora Pufosa por el informe elaborado sobre los estados contables y financieros de su filial más destacada – Habanera-. Este tipo de responsabilidad implica que el auditor o entidad auditora debe responder de los daños causados como consecuencia de su acción. A pesar del deber de los administradores de formular las cuentas anuales, las firmas de auditoría tienen el deber de verificar y contrastar la información facilitada por el cliente y, en caso de que exista alguna irregularidad, emitir el informe con salvedades u opiniones negativas.

Por otro lado, recordamos la reconocida **doctrina de los actos propios**, la cual defiende que no puede existir un quebranto del deber de coherencia en los comportamientos de las partes. Así, el hecho de que Sigaar haya revisado los estados contables y financieros de Habanera, principalmente, a través de un informe de auditoría elaborado por una entidad elegida por ella, haya firmado un acuerdo de intenciones con declaraciones y garantías con un período de 12 meses sobre la veracidad de esos estados contables y, que el informe del experto independiente que valoró las aportaciones no dinerarias arrojarase un resultado similar al del informe de la auditoría Pufosa, implica la vulneración de la doctrina de los actos propios.

Asimismo, en caso de que Sigaar proponga como prueba **el informe elaborado por su departamento de contabilidad** no conviene impugnarlo, pues no se duda de la autenticidad. La ley únicamente permite impugnar las pruebas aportadas cuando haya dudas acerca de su autenticidad, no de su eficacia probatoria. Por lo tanto, la no impugnación del medio de prueba

no acredita su veracidad. Este informe únicamente produce efectos frente a sus autores, nunca frente a terceros hasta que el Juez lo valore bajo las reglas de la sana crítica.

Otras cuestiones materiales relevantes es el nombramiento del administrador único de Newco: Sr. Roist. El Sr. Fox y el Sr. Roist son administradores mancomunados de Sigaar, por lo tanto, en virtud del deber de lealtad, el Sr. Fox deberá abstenerse de votar en aquellos acuerdos en los que tenga un conflicto de intereses directo o indirecto. Frente a la infracción del deber de lealtad, Greed Group podrá interponer la acción social o individual de **responsabilidad frente al Sr. Fox**.

En relación con la **valoración de la Joint Venture y el acuerdo de intenciones**, únicamente cabe decir que en la constitución de la JV hubiese sido preferible hacer una división de las acciones a partes iguales (50%-50%) para evitar la explotación del socio minoritario. Así, el acuerdo de intenciones se equipara a los tratos previos en el que se define los términos esenciales del contrato pero no obliga expresamente a la formalización de un contrato posterior. Finalmente, **las declaraciones y garantías** del acuerdo de intenciones es un mecanismo de protección al comprador ante las posibles falsedades del vendedor.

Con respecto a los daños ocasionados podemos destacar el daño patrimonial en referencia al perjuicio económico causado como consecuencia de la minoración de la participación social. Y, el daño moral por las manifestaciones sobre las irregularidades en la contabilidad de Habanera que perjudica a su imagen en los mercados español y caribeño.

Por último, la adopción del **acuerdo de ampliación de capital social** por compensación de un crédito de Sigaar conlleva la opresión de Greed Group. Esta opresión se fundamenta en que el acuerdo ha sido adoptado de forma abusiva por el socio mayoritario y de forma injustificada y, que la modalidad de ampliación es la más gravosa para el socio minoritario.

Analizada la base jurídica de las distintas cuestiones materiales, recomendamos a Greed Group iniciar la acción de impugnación del acuerdo social de ampliación de capital injustificado de Newco por compensación de créditos de Sigaar, adoptado en la junta general extraordinaria del pasado 27 de abril de 2020.

A continuación, elaboramos un escrito de demanda de impugnación de acuerdos sociales.

5. Escrito de demanda

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA

Doña Catalina Madrid Rodríguez, Procuradora de los Tribunales y de **Greed Group, S.A.** (en adelante, “*Greed Group*”), según acredito mediante copia de poder general para pleitos que acompaño como **Documento número 1º**, ante este Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Por medio del presente formulo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO DE IMPUGNACIÓN** de los acuerdos sociales adoptados en la junta general extraordinaria celebrada el pasado 27 de abril de 2020, frente a la sociedad **Newco, S.A.** (en adelante, “*Newco*”) con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº12 de Barcelona (CP 08019), sobre la base de los siguientes

HECHOS

Primero. Identidad de las partes

1. Greed Group es una sociedad española con domicilio social en la Calle del Muro, nº14 de Madrid (CP 28015). Se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 5623, libro 27, folio 142, hoja M-030187. Está dirigida por un Consejo de Administración cuya presidencia ostenta el Sr. Gordon Gekko, de nacionalidad australiana, desde 2007.

Su objeto social es la fabricación y comercialización de distintos productos para caballeros, entre los que destacan la gomina, la confección de trajes, esmóquines y fracs, así como la prestación de servicios de coctelería internacional. La gomina es el producto más comprado por los banqueros de la *City* Londinense, de ahí que ostente una marca con un alto nivel de reconocimiento y admiración en los parques bursátiles europeos.

2. La sociedad demandada nace de una *Joint Venture* suscrita entre mi mandante y la sociedad holandesa Sigaar, BV (en adelante, “*Sigaar*”), cuyo capital social es el 100% de las acciones de la filial más destacada de mi mandante: Habanera, S.A.U. (en adelante, “*Habanera*”). De esta manera, el capital social de Newco se dividía de la siguiente forma:

- 75% de las acciones de Habanera pertenecen a Sigaar, y
 - 25% se atribuye a Greed Group.
3. Finalmente, Newco quedó configurada como una sociedad anónima con domicilio social en Avenida de la Diagonal, nº 12 de Barcelona (CP 08019) e inscrita el día 3 de enero de 2020 en el Registro Mercantil de la ciudad condal al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-586247.
 4. Es importante resaltar que la sociedad holandesa está administrada de forma mancomunada por el Sr. Bud Fox y el Sr. Glauser Roist. Y, el Sr. Fox fue designado administrador único de Newco, dejando la gestión diaria en manos del Sr. Gekko **debido a los contactos que el mismo manejaba en el mercado caribeño y en España** (hecho que revela la importancia de la clientela y reconocimiento de mi cliente en los mercados caribeño y español).

Segundo. Adopción del acuerdo social objeto de impugnación del presente escrito

1. El pasado 27 de abril de 2020 se celebró una Junta General extraordinaria de Newco, cuyos asistentes fueron Sr. Fox en representación de Sigaar y el Sr. Gekko, en representación de Greed Group. Se acompaña como **Documento número 2** la convocatoria de la Junta.

En dicha Junta se adoptaron, entre otros, dos importantes acuerdos:

- (i) La destitución del Sr. Fox como administrador único de Newco y su sustitución por el tirolés Glauser Roist (el otro administrador mancomunado de Sigaar).
 - (ii) Aumento del capital social de Newco por compensación de un crédito de Sigaar.
2. En el acta de la Junta quedó expresado que mi mandante -accionista minoritario de Newco- votó en contra del aumento de capital acordado por considerar que había existido un ejercicio abusivo de la mayoría por parte de Sigaar. Se adjunta como **Documento número 3** el Acta de la Junta.
 3. Además, esta operación de aumento de capital se había realizado con ánimo de diluir sustancialmente su participación en Newco, pues como resultado de la ampliación de capital, Sigaar controla ahora el 95% del capital.
 4. Todo lo cual destapa definitivamente la maquinación, es decir, todo el proceso tendente a convocar la Junta había resultado una farsa, con el único objetivo de eliminar a Greed Group

del accionariado de Newco y con ello apoderarse de la clientela y el reconocimiento comercial en el mercado de mi mandante.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Jurídico-Procesales -

I. Jurisdicción y competencia

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

Competencia objetiva: Corresponde a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros Tribunales, según disponen el artículo 86 ter de la LOPJ.

Competencia territorial: Es competente el Juzgado al que nos dirigimos por aplicación de lo dispuesto en el artículo 52.1. 10º de la LEC, resultado que esa competencia viene determinada por tener la demandada su domicilio social en Barcelona.

II. Capacidad para ser parte

Mi mandante, sociedad mercantil, tiene capacidad para ser parte en este proceso y para comparecer en juicio, conforme disponen los artículos 6.1. 3º y 7.4 de la LEC, si bien, al tratarse de persona jurídica deberá comparecer quien legalmente la represente.

III. Legitimación

Greed Group posee el cinco por ciento (5%) del capital de la sociedad demandada, según se reconoce en el propio Acta de la Junta celebrada el pasado 27 de abril de 2020, cuya reproducción se acompaña a este escrito como **Documento número 3**.

Ostenta la legitimación pasiva la sociedad demandada por ser la Sociedad cuyos acuerdos han sido impugnados (art. 206.3 LSC).

IV. Postulación y defensa

La parte actora se encuentra representada por Procuradora habilitada para actuar en la demarcación de este Partido Judicial, representación que ha quedado acreditada con poder general para pleitos acompañado como Documento número 1 de la demanda, siendo redactada y firmada la misma por abogado colegiado, todo ello conforme dispone los artículos 23 y 31 de la LEC.

V. Procedimiento

Versando la presente demanda sobre la impugnación de acuerdos sociales, es de aplicación el artículo 249.1. 3º de la LEC, que obliga a decidir a través de este procedimiento *“las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de la administración en entidades mercantiles”*, debe decidirse la misma por los trámites del juicio ordinario.

VI. Plazo

Dispone el artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital que la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.

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

- **Jurídico-Materiales** -

PRIMERO. – De la mala fe y abuso de derecho en la adopción del acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos y en detrimento del socio minoritario.

Los hechos anteriormente descritos constituyen una vulneración flagrante de la buena fe y un manifiesto abuso de derecho.

En concreto, el artículo 7 del Código Civil (en adelante, “CC”) establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y en su segundo punto establece que la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. En el mismo sentido el artículo 247 de la LEC señala que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. E igualmente el artículo 11.1 de la LOPJ señala que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.

De la anterior enumeración se desprende sin lugar a dudas que el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de buena fe, es un principio básico de nuestro ordenamiento, incluido en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, como ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo: “no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos” (STS de 2 de mayo de 1984, STS de 5 de marzo de 2009, STS de 10 de noviembre de 2011 y STS de 20 de septiembre de 2017).

Más a más, el **Tribunal Supremo, en su Sentencia número 73/2018 de 14 de febrero [ROJ 410/2018]** confirma que el abuso de mayoría puede ser causa de impugnación de acuerdos sociales en virtud del artículo 204.1 de la LSC.

“Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.”

Otra prueba de la mala fe de la parte contraria es que la ampliación de capital social de la demandada se realizó por la compensación de un crédito del socio mayoritario – Sigaar-. No obstante, la extensión de esta modalidad supone una alteración del régimen de las mayorías en el correcto funcionamiento de la sociedad, y por ello conllevaría una defectuosa formación de la voluntad social.

La DGRN, en su Resolución de 2 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4585) recordaba que *“esta Dirección General ha puesto de manifiesto la necesidad de extremar el rigor en aquellos supuestos en que la operación de aumento de capital por compensación de créditos pueda encubrir una maniobra de postergación del derecho individual del socio al mantenimiento de su porcentaje de participación en el capital social”*.

Más a más, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2012 [ROJ 21004/2012] apunta que:

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

En efecto, el aumento de capital por compensación de créditos obedecía al perjuicio de mi mandante en la dilución de su participación social. Es más, la decisión de ampliar no responde a una necesidad sino una mera conveniencia, lo cual puede resultar perfectamente legítimo que lo decida la mayoría social, siempre que no utilice, como ocurre en el presente litigio, la vía más agresiva de entre las existentes para acometerla del modo más dañino posible para la situación de los minoritarios. Además, la compensación de créditos carece del ejercicio de derecho de suscripción preferente y, consecuentemente, la participación social de mi mandante sufre una importante dilución pues pasa de ostentar un 25 % a un 5%.

En suma, el acuerdo de ampliación de capital incumple el principio básico de la buena fe y comporta un abuso de derecho que podrá sancionarse por la vía del artículo 204.1 de la LSC, sin necesidad de acudir a la normal general contenida en el artículo 7.2 del CC. Este abuso de derecho se manifiesta en que (i) el acuerdo de aumento de capital permite a Sigaar – socio mayoritario- controlar la sociedad, (ii) el acuerdo fue adoptado con una intención y en unas circunstancias anormales, (iii) la modalidad de aumento de capital es la más gravosa para mi mandante – carece de derecho de suscripción preferente- ya que disminuye significativamente su participación social en Newco.

SEGUNDO. - De la no justificación de la ampliación de capital social de Newco.

La ampliación de capital social implica una modificación de los estatutos sociales y, por lo tanto, además de la celebración de una Junta General es necesario un informe de los administradores que justifique razonablemente tal modificación por mor del artículo 286 de la LSC.

Los administradores o en su caso, los socios autores de la propuesta deberán redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las sociedades anónimas, deberán redactar igualmente un informe escrito con justificación de la misma.

No obstante, este informe deberá de contener las razones –convincientes y necesarias- para llevar a cabo la ampliación de capital. No es un mero requisito de forma, sino que debe determinar de forma clara y razonable el motivo por el cual se incrementa el capital y, por ende, se modifican los estatutos sociales.

En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de junio de 2011 [ROJ 3070/2011]** afirma que:

“Para la justificación de la propuesta de modificación no basta con cumplir formalmente el requisito de formulación del informe, sino de exponer razones convincentes determinantes de la modificación.”

A mayor abundamiento, al ser un aumento de capital por compensación de créditos, la ley exige que al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá también a disposición de los accionistas en el domicilio social **una certificación del auditor de cuentas de la sociedad** que, acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores (art. 301.3 LSC).

TERCERO. - Conclusión

El acuerdo de aumento de capital social es injustificado y arbitrario, respondiendo a una finalidad artificiosa creada únicamente para diluir deslealmente la participación del actor en el capital social, el cual no gozaba del derecho de suscripción preferente.

Por todo ello, la adopción de los acuerdos sociales tiene como objetivo blindar el poder del socio mayoritario y mermar los derechos políticos del socio minoritario. Además, han sido adoptados

de manera abusiva pues no se ha justificado ni la necesidad ni la razonabilidad de la adopción de los mismos.

Que el acuerdo adoptado en la reunión del día 27 de abril de 2020 es un acuerdo que debe ser impugnado por vulneración del artículo 204 de la LSC, que reza que son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos sociales o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros. Además, este precepto in fine afirma que se considera lesionado el interés social cuando el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría.

Costas. - Las costas han de imponerse a la demandada en virtud del principio objetivo de vencimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC.

Cuantía. - Tal y como contempla el artículo 253.3 de la LEC, no puede determinarse en este momento la cuantía de la demanda. Sin perjuicio de ello, la indeterminación de la cuantía en este caso no afecta a la clase de juicio a seguir por cuanto la regla especial aplicable a los procesos de impugnación de acuerdos sociales impone la adopción del juicio ordinario con independencia del contenido económico del objeto del procedimiento.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que se tenga por presentado el presente escrito con los documentos acompañados y sus copias, se admita la demanda de impugnación de acuerdos sociales, acordando que se sustancie por los trámites del juicio ordinario, dictándose en su día, por el tribunal, previa la pertinente tramitación, sentencia por la que se anulen los acuerdos adoptados en la junta general extraordinaria de fecha 27 de abril de 2020.

Es Justicia que pido en Barcelona, a 11 de enero de 2020.

PRIMER OTROSÍ DIGO: que, a efectos probatorios, para acreditar los hechos en los que se fundamenta el presente escrito, interesa a esta parte valerse del siguiente medio de

PRUEBA

Interrogatorio al Sr. Fox como administrador único de la sociedad demandada.

SUPLICO AL JUZGADO: que tenga por presentado los anteriores medios de prueba.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: que mi mandante que representa el 5% del capital social de la demandada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 727. 10º de la LEC, solicita la **suspensión del acuerdo de aumento de capital social** de Newco por compensación de un crédito de Sigaar por causar un perjuicio irreparable en los intereses sociales y privar a mi mandante de la facultad de control de la sociedad.

SUPLICO AL JUZGADO: Que determine la suspensión del acuerdo social.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que, al amparo de lo previsto en el artículo 727.5 de la LEC, solicito **la anotación preventiva de la demanda** de impugnación en el Registro Mercantil conforme a las reglas previstas en el artículo 155 de su Reglamento, es decir, previa audiencia de los representantes legales de la demandada, sin prestación de garantía al estimarse que no se produce ni se podría producir ningún perjuicio, en tanto, que la sociedad viene actuando con normalidad en sus pagos y cobros.

SUPLICO AL JUZGADO: Acuerdo, en consecuencia, conforme a lo solicitado.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que esta parte manifiesta su voluntad expresa de cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos para la validez de los actos procesales y si por cualquier circunstancia esta representación hubiera incurrido en algún defecto, ofrece desde este momento su subsanación de forma inmediata y a requerimiento del mismo, todo ello a los efectos prevenidos en el artículo 231 de la LEC.

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legalmente oportunos.

Es Justicia que reitero en Barcelona, a 11 de enero de 2020.

INFORME II

A continuación, expondremos las principales cuestiones procesales y materiales de la posible demanda que pueda interponer Sigaar frente a Greed Group.

No creemos que la parte contraria formule escrito de reconvencción por no cumplir con la nota de conexidad prevista en el artículo 406 de la LEC. No obstante, es posible que la sociedad holandesa Sigaar interponga una **demanda de reclamación de cantidad** contra Greed Group por los daños irrogados por el supuesto falseamiento de la contabilidad de Habanera.

1. Cuestiones procesales de la posible demanda

Entre las cuestiones procesales de esta posible demanda debemos mencionar:

La **legitimación** activa se atribuye a Sigaar, pues posee la capacidad legítima y procesal para ser parte. Mientras que la legitimación pasiva le corresponde a Greed Group. En este caso, Habanera también podrá ostentar la posición de demandado por ser objeto del contrato el accionariado total de la filial española; esta figura recibe el nombre de litisconsorcio pasivo necesario (art. 12 de la LEC).

En relación con la **competencia y la jurisdicción**, debemos atender a la cláusula de sumisión expresa prevista en el contrato: *“Todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se sustanciarán ante los Juzgados y Tribunales de Valencia”*.

El artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis apunta que si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tales órganos jurisdiccionales serán competentes, salvo que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro.

En la normativa española, el artículo 22 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”) manifiesta que *los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos*. Es más, el artículo 55 de la LEC apunta que *se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren*.

La pretensión de la posible demanda es la reclamación de cantidad y se sustanciaría por los trámites de **juicio ordinario** del artículo 249 de la LEC. La cuantía del posible litigio es superior a 6.000 euros por lo tanto se descarta los trámites del juicio verbal.

Por último, la sociedad holandesa podrá proponer y aportar como **prueba** el cruce de correos electrónicos entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox. En relación con el valor probatorio de los correos electrónicos, el **Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de julio de 2020**³⁵ ha confirmado su validez como prueba documental en los procedimientos judiciales. El principal fundamento del Alto Tribunal es la evolución de los tiempos y la adaptación a la realidad social, especialmente, el avance tecnológico. De esta manera, se debe ampliar el concepto de prueba documental también a aquellos documentos que figuren en soportes electrónicos, aunque la norma procesal no lo recoja expresamente. No obstante, ello no implica que todos los correos electrónicos acrediten el error fáctico de instancia, como ocurre con los documentos privados. Habrá de valorarse si se ha impugnado su autenticidad por la parte perjudicada, si se ha autenticado; y si goza de literosuficiencia (FJ 4º).

A priori, esos correos electrónicos podrán ser objeto de prueba en el proceso que pueda iniciar Sigaar. No obstante, ese medio de prueba no acredita en ningún momento las supuestas irregularidades en la contabilidad de Habanera, únicamente son el reflejo de la indignación de Greed Group por las acusaciones totalmente infundadas de Sigaar.

2. Cuestiones materiales de la posible demanda

Por otra parte, la parte jurídico-material de la posible demanda se podrá articular en torno a: (i) la responsabilidad de la auditoría, (ii) la responsabilidad de los administradores y, (iii) la infracción de competencia desleal por la desviación de clientela.

En primer lugar, Sigaar podrá reclamar la responsabilidad del informe de auditoría a la entidad de Pufosa Asesores Financieros en virtud del artículo 26.2 in fine de la Ley de Auditoría de Cuentas. En este sentido, Sigaar es un tercero que actuó tomando en consideración el informe de auditoría, remarcando que fue un elemento esencial y apropiado para motivar su actuación y tomar su decisión.

³⁵ STS (Sala Cuarta, de lo Social), núm. 706/2020 de 23 de julio [ROJ 2925/2020].

Al mismo tiempo, Sigaar podrá alegar la infracción de los deberes legales de los administradores de Greed Group por falsear la contabilidad de Habanera. Además, según Sigaar, el Sr. Gekko, presidente del Consejo de Administración de Greed Group, no está actuando de manera diligente para establecer un canal de distribución online de los productos de la empresa para evitar el hundimiento de las ventas causadas por la crisis de la pandemia. En suma, alegarán que todo administrador debe actuar conforme a los principios de la buena fe y de un ordenado empresario.

De esta manera, todos los miembros del Consejo de Administración deberán responder de manera solidaria en virtud del artículo 237 de la LSC. De esta manera, se podrá exigir la responsabilidad civil y, penal en caso de que se cumplan los requisitos del tipo penal.

La responsabilidad civil se podrá exigir a través de la acción individual de responsabilidad frente a los miembros del consejo de administración prevista en el artículo 241 del LSC por ser un tercero perjudicado. Mientras que el Código Penal (en adelante, “CP”) recoge el delito de falsear las cuentas anuales en el artículo 290 imponiendo una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

No obstante, el **Tribunal Supremo**³⁶ señala que el mero hecho de realizar actos relacionados con las facultades de administrador no implica la comisión de un delito societario descrito en el CP.

Por último, Sigaar tiene la sospecha de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando clientela. Este hecho constituye una infracción de la Ley de Competencia Desleal (en adelante, “LCD”). En otras palabras, el posible negocio paralelo y la desviación de clientela implica que el Sr. Gekko obtenga una ventaja competitiva significativa. La jurisprudencia entiende por ventaja competitiva significativa aquella que tiene entidad suficiente en el ámbito económico o produce una desviación de clientela a favor del infractor. Esta ventaja debe ser real y no potencial y debe concurrir una relación de causalidad entre la infracción y la ventaja obtenida³⁷.

³⁶ STS (Sala Segunda, de lo Penal), Sección 2ª, núm. 906/2012 de 2 de noviembre.

³⁷ **Faus & Moliner**. “Sobre la posibilidad de ventilar casos sobre infracciones en materia de competencia desleal en el seno de la CNMC”. En PMFarma. 31 de octubre de 2018. Disponible en: <http://www.pmfarma.es/derecho/542-sobre-la-posibilidad-de-ventilar-casos-sobre-infracciones-en-materia-de-competencia-desleal-en-el-seno-de-la-cnmc.html>

3. Conclusión

Por todo lo expuesto, entre las cuestiones procesales de la posible demanda que puede interponer Sigaar frente a Greed Group debemos tener en cuenta la jurisdicción y competencia en virtud de la cláusula de sumisión expresa prevista en el contrato. Por lo tanto, serán competente los Juzgados y Tribunales de Valencia.

En relación con la legitimación, la parte actora será la sociedad holandesa. Mientras que la legitimación pasiva corresponde a Greed Group. En este caso, Habanera también podrá ostentar la posición de demandado por ser objeto del contrato el accionariado total de la filial española; esta figura recibe el nombre de litisconsorcio pasivo necesario.

Por último, podrá proponer como prueba los correos electrónicos mantenidos entre el Sr. Gekko y el Sr. Fox, pues, recientemente, el Tribunal Supremo ha admitido su valor probatorio basándose principalmente en el avance de la tecnología y en la evolución de la sociedad.

Entre las cuestiones materiales podemos señalar la responsabilidad de los administradores por falsear las cuentas anuales. En el ámbito civil, Sigaar podrá interponer la acción individual de responsabilidad frente a los miembros del consejo de administración de Greed Group por ser un tercero perjudicado. Es cierto, que también se puede exigir responsabilidad penal en el caso de que se cumplan con los requisitos del tipo penal.

De la misma manera, Sigaar podrá exigir la responsabilidad contractual a la entidad de auditoría por los daños ocasionados como consecuencia del informe sobre los estados contables y financieros.

Finalmente, las sospechas de Sigaar de que el Sr. Gekko está montando un negocio paralelo y desviando clientela puede fundamentar la infracción de la competencia desleal por obtener una ventaja competitiva significativa a costa de Sigaar. No obstante, no son suficientes meras sospechas sino que debe ser una ventaja real.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro, J.** (8 de Marzo de 2017). *El aumento de capital por compensación de créditos* . Obtenido de Almacén de Derecho : <https://almacenederecho.org/leccion-aumento-capital-compensacion-creditos>
- Alfaro, J.** (2 de Junio de 2017). *La joint-venture, filial común o sociedad conjunta* . Obtenido de Almacén de Derecho : <https://almacenederecho.org/la-joint-venture-filial-comun-sociedad-conjunta#:~:text=En%20su%20expresi%C3%B3n%20m%C3%A1s%20t%C3%ADpicamente,se%20asocia%20con%20un%20socio>
- Alfaro, J.** (21 de Mayo de 2018). *La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad*. Obtenido de Almacén de Derecho: <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>
- Fuentes, J. M.** (29 de Mayo de 2016). *Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales* . Obtenido de Almacén de Derecho : <https://almacenederecho.org/lecciones-legitimacion-materia-impugnacion-acuerdos-sociales#:~:text=La%20legitimaci%C3%B3n%20para%20soportar%20la,la%20titularidad%20de%20la%20relaci%C3%B3n>
- García-Villarrubia, M.** (2019). *Los grupos de casos de acuerdos abusivos* . Obtenido de Uría Menéndez: <https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos>
- Gomezí, R. M.** (s.f.). *La dualidad del daño patrimonial y del daño moral*. Recuperado el 6 de Enero de 2021, de Revista de responsabilidad civil y seguro: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/rc36doctrina2.pdf>
- Laguna, R. P.** (Noviembre de 2019). *Suspensión cautelar de los acuerdos sociales por los que se aprueba una fusión transfronteriza tripartita por absorción*. Obtenido de Gómez-Acebo y Pombo : <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/11/Suspension-cautelar-de-los-acuerdos-sociales-1.pdf>
- Faus & Moliner.** (31 de Octubre de 2018). *Sobre la posibilidad de ventilar casos sobre infracciones en materia de competencia desleal en el seno de la CNMC*. Obtenido de PMFARMA: <http://www.pmfarma.es/derecho/542-sobre-la-posibilidad-de-ventilar-casos-sobre-infracciones-en-materia-de-competencia-desleal-en-el-seno-de-la-cnmc.html>

- Movellán, P. Á.** (2015). *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejor del gobierno corporativo*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Narros, H. D.** (1 de Febrero de 2009). “*Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones (I)*”. . Obtenido de Noticias Jurídicas : <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4426--concepcion-y-eficacia-de-las-letters-of-intent-los-memoranda-of-understanding-y-los-acuerdos-de-intenciones-i/>
- Puccio, J. A.** (2015). Reflexiones sobre el contrato de compraventa. *Ius La Revista*.
- Vázquez, C. T.** (4 de Septiembre de 2015). *El valor probatorio de los docuemntos privados y los motivos de impugnación* . Obtenido de LA LEY : <https://www.ontier.net/ia/carmentempranolaley040915.pdf>
- Vigueras, J. H.** (6 de Agosto de 2020). *El escándalo contable de WIRECARD: 1900 millones desaparecidos*. Obtenido de La Europa opaca de las finanzas: <https://www.laeuropaopacadelasfinanzas.com/2020/08/el-escandalo-contable-de-wirecard-1900.html#:~:text=El%20esc%C3%A1ndalo%20contable%20de%20WIRECARD%3A%201900%20millones%20desaparecidos,-La%20digitalizaci%C3%B3n%20y&text=El%20esc%C3%A1ndalo%20de%20Wireca>

ANEXO DE LEGISLACIÓN

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (BOE 8 de enero de 2000)

Ley 3/1991, de 10 de enero, *de Competencia Desleal* (BOE 11 de enero de 1991).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (BOE 24 de noviembre de 1995).

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

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

AAP de Barcelona (Sección 19ª), núm. 114/2017, FJ 2º, de 1 junio [AC 2017\1343].

RDGRN 6 de febrero de 2012. Publicado BOE 1 de marzo de 2012. Sección III. Núm. 52.

RDGRN 7 de febrero de 2020. Publicado BOE 26 de junio de 2020. Sección III. Núm. 177.

SAP de Alicante (Sección 8ª), núm. 70/2014 de 3 de abril [LA LEY 59648/2014].

SAP de Burgos, Sección 3ª, FJ 5º, 24 de septiembre de 2010 [JUR 2010\361990].

SAP de Granada (Sección 3ª), núm. 23/2016 de 8 de febrero [REC 578/2015].

SAP de Madrid (Sección 20ª), FJ 6º, núm. 573/2014 de 19 de diciembre [AC 2015/92].

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 23 de noviembre [ROJ 21004/2012]

SAP de Madrid (Sección 28ª), núm. 263/2012 de 24 de septiembre [LA LEY 161420/2012].

SAP de Madrid, Sección 28ª, núm. 298/2015 de 26 de octubre [ROJ 14563/2015]

STS (Sala Cuarta, de lo Social), núm. 706/2020 de 23 de julio [ROJ 2925/2020].

STS (Sala de lo Civil), FJ 2º, núm. 395/2000 de 11 abril [RJ 2000/2434].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ. 2º, núm. 516/1998 de 3 de junio [ROJ 3626/1998].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, FJ 7º, núm. 991/2012 de 17 de enero [RJ 2012/4981].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, FJ 9º, núm. 147/2012 de 9 de marzo [RC 6712/2009].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 1131/2002 de 29 de noviembre [RJ 2002/10400].

STS (Sala Primera de lo Civil), Sección 1ª, núm. 193/2000 de 4 de marzo [RJ 2000/1502].

STS (Sala Primera, de lo Civil), Sección 1ª, núm. 338/2012 de 7 de junio [RJ 2012, 7408].

STS (Sala Primera, de lo Civil), Sección 1ª, núm. 697/2014 de 15 de enero [LA LEY 848/2014].

STS (Sala Primera, de lo Civil), Sección 1ª, núm. 520/2018 de 21 septiembre [RJ 2018\4167].

STS (Sala Primera, de lo Civil), Sección 1ª, núm. 73/2018 de 14 de febrero [ROJ 410/2018].

STS (Sala Primera, de lo Civil), Sección 1ª, núm. 510/2017 de 20 de septiembre [RJ 2017/4634].

STS (Sala Segunda, de lo Penal), Sección 2ª, núm. 906/2012 de 2 de noviembre [ROJ 2531/2012].