



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER EN DERECHO DE EMPRESA

NICOLE-PILAR SANTIAGO MURILLO

ENERO 2021

SANTIAGO Y ASOCIADOS
- ABOGADOS -

GREED GROUP vs. NEWCO

4 de enero de 2021

ÍNDICE

I. OBJETO	4
II. ANTECEDENTES RELEVANTES Y PRESUNCIONES	4
1.- HECHOS PREVIOS A LA JUNTA DEL 27 DE ABRIL DE 2020:	4
2.- HECHOS ACAECIDOS EN LA JUNTA DEL 27 DE ABRIL DE 2020 Y POSTERIORMENTE:	6
3.- PRESUNCIONES:	6
4.- LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA PROVOCADA POR LA ACTUAL CRISIS SANITARIA (COVID-19):	7
III. RESUMEN EJECUTIVO	7
IV. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE GREED GROUP.....	9
1.- PRETENSIONES:	9
2.- POSIBLES ACCIONES FRENTE A NEWCO:	9
“MEDIACIÓN”:	10
“ARBITRAJE”:	10
“PROCEDIMIENTO ORDINARIO”:	10
V. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL.....	11
1.- BASE JURÍDICA	11
2.- LA BASE LEGAL DE LA ACCIÓN: ART. 204 LSC	12

3.- REQUISITOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA.....	12
4.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	12
5.- OBJETIVO DE LA ACCIÓN.....	13
6.- EN CUALQUIER CASO, ES IMPUGNABLE POR SER CONTRARIO A LA LEY AL VULNERAR EL ART. 190 LSC.....	13
VI. DEFENSA FRENTE A UNA POSIBLE DEMANDA POR PARTE DE SIGAAR.....	13
1.- ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL PRESIDENTE DE HABANERA Y GREED GROUP: D. GORDON GEKKO.....	14
2.- INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE GREED GROUP EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS QUE MATERIALIZABAN LA <i>JOINT VENTURE</i>	15
(i) <i>LA LETTER OF INTENT</i>	15
(ii) <i>VIGENCIA DE LAS REPS & WARRANTIES</i>	15
3.- DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO.....	16
4.- INDEMNIZACIÓN POR DESVIACIÓN DE CLIENTELA.....	16
VII. GASTOS Y COSTAS DEL PROCEDIMIENTO.....	16
1.- GASTOS DEL PROCEDIMIENTO.....	17
2.- RIESGO DE CONDENA EN COSTAS.....	18
VIII. CONTACTO.....	19

I. OBJETO

El presente informe (el “**Informe**”) tiene por objeto analizar determinadas cuestiones relativas a la disputa existente entre NEWCO, S.A. (“**NEWCO**”) y GREED GROUP, S.A. (“**GREED GROUP**”) en relación con el Acuerdo de ampliación de capital por compensación de crédito adoptado en la Junta del 27 de abril de 2020 (el “**Acuerdo**”).

El análisis se ha realizado atendiendo exclusivamente al Derecho español y la doctrina jurisprudencial emanada de los Juzgados y Tribunales españoles.

Este documento se ha elaborado de acuerdo a la información proveída por GREED GROUP, en consecuencia, está dirigida exclusivamente a ella. En este sentido, las consideraciones jurídicas contenidas en la misma no podrán ser trasladadas automáticamente a supuestos similares. En tal sentido, en el supuesto de pretender aplicar sus soluciones en otro contexto, se debería plantear, en su caso, consulta específica.

Esta nota no podrá ser objeto de cesión, divulgación o comunicación total o parcial de su contenido o de sus conclusiones. En otro caso, se requerirá autorización expresa por parte de santiago y asociados.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES Y PRESUNCIONES

1.- HECHOS PREVIOS A LA JUNTA DEL 27 DE ABRIL DE 2020:

Al objeto de elaborar el presente Informe, se han tenido en cuenta los siguientes antecedentes, que se desprenden de la documentación e información facilitada por GREED GROUP:

- En fecha 01/09/19, SIGAAR, B.V. (en adelante, “**SIGGAR**”) propuso a GREED GROUP la constitución de una *Joint Venture* para poder acceder al accionariado de HABANERA, S.A.U. (“**HABANERA**”), filial de la Demandante.

- Para ello, se analizaron una serie de datos contables, financieros, económicos y legales por parte de GREED GROUP, PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. (a elección de SIGAAR) y un experto independiente, quienes realizaron hasta tres informes diferentes con las contingencias y sinergias que pudieran surgir de la operación.
- Posteriormente, en fecha 12/11/19 ambas partes suscribieron un Acuerdo de Intenciones que acabó materializando la *Joint Venture*, por la que se pagó un total de ocho veces el ebitda de HABANERA del ejercicio 2019, el cual ascendía a 972.222,00.-€.
- En concreto, el día 20/12/19, se suscribieron cinco acuerdos (5) en los que destacan dos cláusulas: (i) unas *reps and warranties* con una vigencia de doce meses y (ii) una sumisión por la que todas las cuestiones y litigios derivados de los contratos se suscitarían ante los Juzgados y Tribunales de Valencia.
- Finalmente, el 3 de enero de 2019, NEWCO quedó inscrita como una sociedad anónima con domicilio social en Avenida de la Diagonal nº12, 08019 - Barcelona (Cataluña). Su órgano de administración se tradujo en un Administrador Único, D. BUD FOX, dejando la gestión diaria en manos de D. GORDON GEKKO dada su red de contactos.
- Con el fin de ponerse en funcionamiento el mismo día de enero de 2020 SIGAAR concedió a NEWCO un préstamo.
- En fecha 10/03/20, se reunieron en Miami Beach los representantes de ambas sociedades accionistas de NEWCO, momento en el que SIGAAR vertió serias acusaciones sobre irregularidades en la contabilidad de HABANERA. Ante semejantes afirmaciones, GREED GROUP no pudo sino negarse.
- La discusión duro varias semanas vía correo electrónico sin llegar a ninguna solución amistosa.

2.- HECHOS ACAECIDOS EN LA JUNTA DEL 27 DE ABRIL DE 2020 Y POSTERIORMENTE:

Es en este momento cuando NEWCO convoca y constituye, válidamente, la Junta General Extraordinaria el 27 de abril de 2020, donde se adoptaron entre otros, dos importantes acuerdos:

- Primero: El aumento de capital social por compensación de un crédito de SIGAAR.
- Segundo: La destitución de D. BUD FOX como administrador único.

A pesar de que GREED GROUP votase en contra de ambos, tal y como consta en acta, se aprobaron ambos acuerdos, cuyo resultado fue el control del 95% del capital por parte de SIGAAR y el nombramiento de D. GLAUSIER ROIST como administrador único en sustitución de aquel.

A los pocos días D. GORDON GEKKO fue destituido por una presunta actuación negligente y por las sospechas de que estuviese montando un negocio paralelo desviando clientela.

3.- PRESUNCIONES:

Asimismo, nuestro análisis y conclusiones se basa en las siguientes presunciones:

- La oferta sobre el accionariado fue realizada después de un minucioso análisis de la sociedad sobre todos los aspectos relevantes de la misma.
- La ampliación de capital obedece a motivos ajenos al propio interés social o de los socios en común, más bien se trata de una maniobra del socio mayoritario por obtener un mayor control sobre la misma.
- La destitución de D. GORDON GEKKO se basa en conjeturas. Por un lado, las decisiones sobre política empresarial han de ser tomada por el administrador único, no por D. GORDON GEKKO, por lo que este no podía tomar referida decisión. Por otro lado, hemos de tener en cuenta que este era el encargado de la gestión diaria por su red de

contactos no por sus conocimientos en ofimática, además de que se requieren algo más de unos días para poder ejecutar una página web con las prestaciones que se exigían, en contra de lo que pretende NEWCO.

4.- LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA PROVOCADA POR LA ACTUAL CRISIS SANITARIA (COVID-19):

Hemos de tener en cuenta que, aún, no hay precedentes jurisprudenciales sobre una situación tan excepcional como la actual, por lo que no podemos saber con certeza cómo se pronunciarán los Tribunales ante situaciones como la que nos ocupa.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial mayoritaria existente en la actualidad debería confirmar nuestra conclusión (que NEWCO ha adoptado el Acuerdo Primero con abuso de la mayoría, en perjuicio del socio minoritario, o porque sea nulo por haberse adoptado en conflicto de intereses), pero no podemos descartar que algún Juzgado o Tribunal considere que no ha habido abuso de mayoría o que no existía conflicto de intereses en la medida en la que cierto sector de la doctrina jurisprudencial se inclina por esta solución. Por las circunstancias expuestas, creemos que una resolución judicial en esta última línea sería improbable.

III. RESUMEN EJECUTIVO

1.- A continuación, se resumen las conclusiones que se desprenden de los antecedentes recogidos en la sección II anterior, en vista del análisis jurídico que se expone en los apartados siguientes:

- I. Una eventual demanda de GREED GROUP contra NEWCO tendría una probabilidad razonablemente alta de ser estimada, al menos parcialmente.
- II. Entendemos que, razonablemente, lo mínimo es volver al *statu quo* anterior a la reclamación en lo que a porcentajes sobre el capital social se refiere. En todo caso, esta cuestión depende en gran medida de sustentar

la reclamación en un buen informe pericial que acredite que no existía necesidad real – económico-financiera o de otra índole – que respaldase la ampliación de capital.

- III. Una de las cuestiones más relevantes para el éxito de la reclamación pasa por acreditar que efectivamente hubo un abuso de la mayoría pues el Acuerdo no beneficia a otro sino a SIGAAR, tanto como socio mayoritario como por controlar al administrador único.
- IV. En relación con lo anterior, en cualquier caso, alegar que existía un conflicto de intereses con el correspondiente deber de abstención en la votación, lo que se puede apreciar únicamente a la vista de los hechos.
- V. El riesgo de estimación de una eventual reconvencción por parte de NEWCO alegando responsabilidad por la gestión o responsabilidad por las presuntas irregularidades en la contabilidad es muy limitado, puesto que el legitimado para ello sería SIGAAR. No obstante, el análisis de una potencial reconvencción será objeto de otro informe.

2.- Por último, en cuanto a la negligente gestión de la Sociedad por parte de su administrador único y los daños que dicha gestión ha ocasionado a la Sociedad tendrá que ser ventilada en otro procedimiento, sin perjuicio de que pudiese acumularse al de impugnación del Acuerdo Primero. Para ello, se deberá interponer la correspondiente acción social de responsabilidad de los administradores cuya interposición se ha propuesto para la Junta de Accionistas del 30 de enero de 2021 mediante conducto notarial.

IV. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE GREED GROUP

1.- PRETENSIONES:

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos en la sección II anterior, consideramos que las probabilidades de que una demanda frente a NEWCO fuera estimada, al menos parcialmente, son razonablemente altas, siempre y cuando podamos acreditar¹:

- Que el Acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos no obedecía cuestiones financieras y contables que se estuviesen perjudicando a la Sociedad, esto es, a una necesidad real en interés de la misma; y
- Que el acuerdo, efectivamente, únicamente beneficia al socio mayoritario, que es el que también controla al administrador único.
- Que, en cualquier caso, se adoptó en conflicto de intereses para con la sociedad.

De ser así, entendemos que habría buenas probabilidades de que se estime que hubo abuso de posición de control de la Junta en perjuicio de la minoría y, por tanto, que el Acuerdo debería ser declarado nulo.

2.- POSIBLES ACCIONES FRENTE A NEWCO:

El ordenamiento jurídico ofrece a GREED GROUP una **única alternativa** para enmendar la actual situación, esto es, **IMPUGNAR EL ACUERDO SOCIAL** mediante el “*procedimiento ordinario*”, que es el procedimiento judicial estándar en el que es posible reclamar cualquier concepto y discutir cualquier cuestión. Si bien es cierto, que existe la posibilidad de llegar a algún tipo de acuerdo extrajudicial, ya sea por arbitraje o mediación. A continuación, desarrollamos las ventajas e inconvenientes de cada uno:

¹ Sería recomendable que estas cuestiones fueran refrendadas por un informe pericial.

“MEDIACIÓN”:

- Las ventajas de la mediación vienen dadas por la velocidad y la inmediatez de la mediación, de modo que los costes pueden ser eliminados por completo. Además, favorece que la resolución del conflicto no suponga la ruptura de la relación y alienta el mantenimiento de relaciones satisfactorias en el futuro.
- El principal inconveniente es que puede ser una pérdida de tiempo y recursos, si una de las partes no tiene la intención de llegar a un compromiso ya que, la solución a la que se llega, no es vinculante. Además, puede adelantar la estrategia de un potencial pleito a la contraparte.

“ARBITRAJE”:

- Las ventajas del arbitraje vienen dadas por su rapidez, en relación con la vía judicial, y la ejecución del Laudo Arbitral de la misma manera que si fuese una Sentencia Judicial. Si bien hemos de tener en cuenta que, si las pretensiones de GREED GROUP se estimasen, sería una ventaja el hecho de no haber impugnación frente al Laudo Arbitral, en el caso contrario, sería un gran inconveniente.
- El principal inconveniente es monetario, puesto que los honorarios tanto de árbitros como abogados pueden llegar a ser muy elevados y generalmente se carece de la “condena en costas” por lo que cada parte hará frente a sus gastos.

“PROCEDIMIENTO ORDINARIO”:

- Las ventajas de este procedimiento vienen dadas por su amplitud: **(i)** GREED GROUP podría impugnar en el Acuerdo Social primero, adoptado en la Junta de 27 de abril de 2020 y la regresión al *statu quo* y **(ii)** podemos, además, pedir una serie de medidas cautelares como la suspensión del Acuerdo Social y/o su anotación en el Registro Mercantil.
- El principal inconveniente de esta opción es su mayor duración y el hecho de que no quepa ejecutar la sentencia hasta que esta no sea firme, esto es, hasta que no

se hayan resuelto los eventuales recursos de apelación y casación que puedan interponer las partes.

- El plazo medio de duración de un “*procedimiento ordinario*”, en todas sus instancias (apelación y casación), oscila entre los 5 y los 6 años².

A la vista de lo anterior, si la prioridad de GREED GROUP es recuperar lo antes posible su participación, esto es el control sobre el 25% del capital social de la Sociedad, y dejar sin eficacia el Acuerdo, nuestro **consejo** sería interponer una demanda de “*juicio ordinario*”, ya que, dado el cruce de correos electrónicos y la tensión de la relación existente entre ambos socios, vemos poco probable que se pueda llegar a un acuerdo amistoso extrajudicial con NEWCO.

No obstante, recordamos que esta opción tiene el riesgo de que el Juzgado considere que la ampliación de capital por compensación de créditos es una consecuencia de la crisis de la COVID-19 que hubiese tenido lugar de manera inevitable y, en consecuencia, desestime la demanda. No obstante, creemos que las circunstancias concurrentes en este caso hacen que ese riesgo sea moderado.

V. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL

1.- BASE JURÍDICA

A nuestro juicio, GREED GROUP, S.A. (“**GREED GROUP**”) tiene una base jurídica muy sólida para interponer demanda contra NEWCO, S.A. (“**NEWCO**”) de **IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL** por abuso de la mayoría y conflicto de intereses en la aprobación del Acuerdo Primero de ampliación de capital por compensación de crédito adoptado en la Junta del 27 de abril de 2020 (el “**Acuerdo**”).

² La tramitación de todos los procedimientos ha sufrido un retraso considerable como consecuencia de la crisis del COVID-19, por lo que el plazo indicado (relativo a la duración media de los procedimientos antes de la crisis) previsiblemente se alargará entre 3 y 6 meses.

2.- LA BASE LEGAL DE LA ACCIÓN: ART. 204 LSC

El artículo 204.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su regla 1.^a establece: "*Acuerdos Impugnables: Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de tercero*".

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría, como es el presente caso. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

3.- REQUISITOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

La acción de impugnación de los acuerdos sociales caduca en el plazo de un año, que se computa desde la fecha de adopción del acuerdo, esto es el 27 de abril de 2020. En el caso de que el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computaría desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. En cualquiera de los dos casos, estaríamos dentro del plazo para poder ejercitar la acción.

Por otro lado, están legitimados para interponer la demanda de impugnación, entre otros, los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, tal y como es el caso de GREED GROUP.

4.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La impugnación de acuerdos sociales es materia de la que conocen, objetivamente, los Juzgados de lo Mercantil de acuerdo con el artículo 86 TER Ley Orgánica del Poder Judicial.

El proceso judicial por el que deben plantearse la impugnación de los acuerdos sociales es el Juicio Ordinario, de acuerdo con el artículo 52.1. 10^o LEC, siendo competente

territorialmente para conocer de la impugnación de los acuerdos sociales el Juzgado del lugar del domicilio social, esto es, Barcelona.

5.- OBJETIVO DE LA ACCIÓN

Conforme al artículo 208 de la LSC los efectos de una sentencia estimatoria serían, en el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, además la cancelación de su inscripción, la cancelación de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella. Luego, se volvería al *statu quo* anterior a la adopción del mismo.

6.- EN CUALQUIER CASO, ES IMPUGNABLE POR SER CONTRARIO A LA LEY AL VULNERAR EL ART. 190 LSC.

De acuerdo con el apartado 1. del artículo 190 LSC, el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; excluirle de la sociedad; liberarle de una obligación o concederle un derecho; facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 cuando el socio sea, a la vez, administrador.

En el presente caso, es más que evidente que se le está concediendo un derecho a uno de los socios, SIGAAR, por lo que este debería haberse abstenido en la votación. De tal manera que referido acuerdo no se hubiese adoptado ni aprobado de ninguna manera.

VI. DEFENSA FRENTE A UNA POSIBLE DEMANDA POR PARTE DE SIGAAR³

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante un acuerdo de colaboración de duración normalmente definida, pero en el que no se ha pactado un

³ No obstante, en el caso de tener que contestar a una potencial demanda por parte de SIGAAR, esta debería ser analizada en profundidad en otro informe.

plazo concreto de duración. Por lo que todo apunta que será en el momento de valorar los resultados de la colaboración si se ha de seguir con la misma o se da terminación por acuerdo entre las partes.

En cuanto al modo de colaboración elegido, esto es, la *Joint Venture*, destacamos la mayor competitividad que se adquiere al consolidarse como marca líder en el mercado del tabaco consiguiendo así un objetivo compartido por parte de ambas mercantiles. Destacamos, además que la entrada a mercados, más allá del caribeño y el español, es más fácil con este tipo de colaboración dando lugar a un *win-win*.

Por último, mencionar que, en cuanto a temas fiscales, el tratamiento del tipo de colaboración elegida es el más beneficioso.

1.-ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL PRESIDENTE DE HABANERA Y GREED GROUP: D. GORDON GEKKO

En este caso, tal y como se desprende de los hechos, es evidente que tanto HABANERA como Greed Group compartían el mismo Consejo de Administración, por lo que es imposible disociar si las irregularidades contables provienen de la matriz o de su filial. De este modo, basándose en el artículo 241 LSC, sigaar se vio afectado directamente por la actuación - en este caso, presunta omisión - del Consejo de Administración al haber adquirido las acciones de HABANERA en base a los informes con irregularidades que le fueron facilitados.

Si bien, el daño no ha quedado del todo acreditado ya que, sospechosamente, a pesar de las irregularidades que se alegan en un informe interno de SIGAAR sobre HABANERA, la primera decide aun así compensar el crédito que tenía con NEWCO, adquiriendo el control de esta, en lugar de dar por terminada la relación de colaboración y proceder a su liquidación.

Por lo tanto, no se entiende que, adoleciendo semejantes irregularidades, SIGAAR decidiese continuar con la relación de colaboración, entrando así en contradicción con sus actos propios.

2.- INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE GREED GROUP EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS QUE MATERIALIZABAN LA *JOINT VENTURE*

(I) *LA LETTER OF INTENT*

En primer lugar, en relación con *Letter of Intent*, no hay ningún tipo de controversia que la pueda rodear, puesto que la misma se materializó en cinco contratos diferentes con fecha de 20/12/19, con sus correspondientes cláusulas reguladoras.

(II) *VIGENCIA DE LAS REPS & WARRANTIES*

De este modo, los contratos firmados en el seno del acuerdo de colaboración, esto es, la *Joint Venture*, contenían unas *reps and warranties* con vigencia de doce meses desde la fecha de su firma el día 20/12/19. Se trata, por tanto, de una garantía pactada por las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, conforme al artículo 1281 del Código Civil.

Hemos de tener en cuenta que el día 10/03/20 SIGAAR ya advirtió la falta de veracidad de la contabilidad de HABANERA, si bien verbalmente, de modo que podría entenderse que la acción se encuentra en plazo al haberse visto interrumpida su prescripción. Además, aun entendiendo que no se interrumpió en ese momento por ser verbal, hubo un intercambio de correos electrónicos durante ciertas semanas posteriores al encuentro en Miami Beach, que prueban por escrito que hubo reclamaciones por parte de SIGAAR respecto de estas irregularidades.

No obstante, si bien esos correos electrónicos se encontraban con un lenguaje ciertamente indecoroso, no existió una reclamación fehaciente - tipo Burofax - invocando referidas *reps and warranties*, por lo que se encontrarían fuera de plazo para invocarlas.

3.- DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO

Si bien se llega a entender que hubo ciertas irregularidades contables, la consecuencia lógica de este incumplimiento se traduce en el artículo 1124 CÓDIGO CIVIL. De este modo, SIGAAR podría instar la declaración de incumplimiento contractual y la consecuente condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios. En este caso, entendemos que el importe sería la diferencia entre lo que pagaron, esto es, ocho veces el ebitda de los primeros informes (972.222,00.-€) y el del informe interno del departamento legal de SIGAAR (771.460,00.-€).

No obstante, hemos de tener en cuenta dos cuestiones:

- (i) La primera, que el deber de diligencia del comprador debería haber sido mayor, teniendo en cuenta que se trataba de un empresario que, además, se dedica al mismo sector.
- (ii) No puede alegarse desconocimiento de la situación por un mero informe interno que contrasta con hasta tres diferentes, incluyendo un dictamen de experto independiente y otro de una firma auditora elegida libremente por él.

4.- INDEMNIZACIÓN POR DESVIACIÓN DE CLIENTELA

En cuanto a la presunta desviación de clientela y negocio paralelo de D. GORDON GEKKO, se trata de sospechas infundadas que, en cualquier caso, deberían probar. Además, en cualquier caso, la red de contactos es del propio D. GORDON GEKKO, por lo que carece de sentido exigirle una clientela que ya formaba parte de su red de contactos - motivo por el que le contrataron.

VII. GASTOS Y COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

En el siguiente apartado se recoge la estimación de gastos asociados a una eventual reclamación judicial frente a NEWCO, así como el eventual riesgo en costas para el caso de que la demanda fuera íntegramente desestimada.

1.- GASTOS DEL PROCEDIMIENTO

En caso de optar por interponer una demanda frente a NEWCO, GREED GROUP tendría que afrontar los siguientes gastos estimados:

- i. Honorarios de SANTIAGO Y ASOCIADOS ABOGADOS: Para un procedimiento ordinario en el que no es posible la determinación de la cuantía habrá de entenderse el asunto de interés económico inestimable pudiéndose modular los honorarios. De modo que, considerándose el pleito en cuantía de 30.000,00.-€, los criterios del ICAM recomiendan unos honorarios de 5.440,00.-€ (más IVA). En caso de que, además de oponerse a la demanda, NEWCO formulase reconvencción por lo que se debiese formular contestación a la misma, dichos honorarios aumentarían, aproximadamente, hasta 8.160,00.-€ (más IVA).

Sin embargo, estamos en disposición de ofrecer una propuesta de honorarios más ajustados, asumiendo un esquema de honorarios mixto, con una parte fija y un variable:

- Honorarios fijos: os proponemos minutar unos honorarios fijos de 5.000,00.-€ por la tramitación de la demanda frente a NEWCO hasta que recaiga sentencia en primera instancia, más 2.500,00.-€ adicionales en caso de que NEWCO interponga reconvencción.

Estos honorarios se facturarían por hitos del procedimiento:

- El 50% a la presentación de la demanda;
- El 20% tras la audiencia previa; y
- El 30% tras el juicio.

Los honorarios correspondientes a la eventual reconvencción de NEWCO se minutarían tras la presentación de la contestación a la reconvencción.

- Honorarios variables: adicionalmente a la parte fija, os proponemos minutar una prima de éxito equivalente al 1,5% de los importes a los que eventualmente resulte condenado a pagar NEWCO. Esta cantidad se devengaría con la notificación de la sentencia de primera instancia que establezca los importes de condena.

En caso de que se alcanzase un acuerdo antes de que recaiga sentencia en primera instancia, minutaríamos los honorarios incurridos hasta esa fecha, con los límites establecidos para los hitos devengados, más la prima de éxito correspondiente.

- Derechos de Procurador: Los derechos de los procuradores están fijados por un arancel atendiendo a la cuantía y tipo de procedimiento (si bien el arancel autoriza rebajas limitadas). En este caso, los honorarios del procurador oscilarían entre 750,00.-€ y 1.500,00.-€, dependiendo de si hay o no reconvenición, con la consecuente contestación a la misma.
- Honorarios del Perito: Dada la naturaleza de la disputa, entendemos que lo mejor sería que la demanda estuviese respaldada por un informe pericial que sustente las premisas de GREED GROUP. Según nuestra experiencia, los honorarios de un perito pueden oscilar entre los 1.000,00.-€ y 3.000,00.-€.

En caso de estimación íntegra de la demanda, la LEC prevé la condena en costas al demandado, por lo que los costes incluidos en este apartado podrían ser recuperados, al menos parcialmente.

2.- RIESGO DE CONDENACION EN COSTAS

Hay que considerar que, en caso de que la demanda fuese desestimada íntegramente, GREED GROUP podría ser condenado a soportar las costas del procedimiento y, por tanto, a asumir los gastos ocasionados a NEWCO.

Una eventual condena en costas alcanzaría los mismos conceptos recogidos en el apartado anterior. Por tanto, una eventual condena en costas podría oscilar entre los 7.750,00.-€ y 9.000,00.-€.

VIII. CONTACTO

Este es el informe que bajo el leal saber y entender realiza el letrado que suscribe y que somete su contenido a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, en Madrid, a enero de 2021.

En caso de cualquier duda relativa al contenido del presente Informe, pueden contactar con Nicole Pilar Santiago Murillo (nsantiago@santiagoyasociados.com // +34 915 988 804 // +34 673 724 977), de Santiago y Asociados Abogados, S.L.

Nicole-Pilar Santiago Murillo

SANTIAGO Y ASOCIADOS ABOGADOS, S.L.

NIG: []

DEMANDANTE: GREED GROUP, S.A.

DEMANDADA: NEWCO, S.A.

PROCEDIMIENTO: ORDINARIO N° [] – IMPUGNACIÓN ACUERDOS SOCIALES

ESCRITO: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

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

D. LAURA MURILLO MARTÍNEZ, Procuradora de los Tribunales y de la mercantil GREED GROUP, S.A., (España) (“GREED GROUP” o la “Demandante”), con NIF A-95308369 y domiciliada en la Calle del Muro nº14, 28015 – Madrid (España), conforme acredito mediante escritura de poder que se acompaña como DOCUMENTO N° 1, y cuya devolución intereso previo su testimonio bastante en autos, bajo la dirección técnica de la Letrada Nicole-Pilar Santiago Murillo, Col. ICAM núm. 72.897, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

- I. Que, en la representación indicada y al amparo de lo dispuesto en los artículos 190 y 204 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹ (“LSC”), interpongo mediante el presente escrito DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra la mercantil NEWCO, S.A. (en adelante, la “Sociedad” o “NEWCO”), con CIF A-89486552, y domicilio social en Avenida de la Diagonal nº12, 08019 – Barcelona (Cataluña) en ejercicio de la ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL PRIMERO adoptado en la junta general extraordinaria de accionistas celebrada el 27 de abril de 2020.
- II. Que, asimismo y al amparo de lo previsto en los artículos 721 y ss. de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), por medio del correspondiente OTROSÍ DIGO de la presente demanda, formulo SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES consistentes en la anotación preventiva de

¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

demanda (art. 727.5ª LEC) y de suspensión del acuerdo societario objeto de impugnación (art. 727.10ª LEC).

Y ello con base en los siguientes,

HECHOS

PRELIMINAR.-BREVE RESUMEN DE LA CONTROVERSIA PARA MEJOR ILUSTRACIÓN DE ESE JUZGADO. OBJETO DE LA DEMANDA

1. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS:

1.1.- Con carácter previo al desarrollo de esta demanda, interesa explicar, de manera muy sintética y concisa, los antecedentes de los que trae causa la cuestión litigiosa que aquí se plantea y los extremos más relevantes y decisivos de la misma:

i. A principios del mes de septiembre del año 2019, D. BUD FOX, administrador mancomunado de SIGAAR, B.V.² (en adelante, "SIGGAR"), propuso a D. GORDON GEKKO, presidente de GREED GROUP, en una reunión mantenida a tal efecto, la constitución de una *Joint Venture* para poder acceder al accionariado de HABANERA, S.A.U.³, filial de la Demandante (en adelante, "HABANERA" o la "Filial").

Esta *Joint Venture* se materializaría mediante la creación de una nueva sociedad (NEWCO) propietaria del 100% de las acciones de HABANERA.

ii. Con el fin de que SIGAAR, pudiese presentar su oferta económica por las acciones de HABANERA, GREED GROUP puso a su disposición una *Due Diligence* que reflejaba la situación legal general de la HABANERA. Se acompaña, como DOCUMENTO N°2.

² Sociedad holandesa con domicilio social en Hofplein n°44, 3032 AC-Amsterdam (Holanda), dedicada a la fabricación de cigarrillos holandeses.

³ Sociedad española con domicilio social en Avenida de la Ilustración n°23, 03203 - Alicante (España), dedicada a la importación de cigarrillos habanos cubanos.

Adicionalmente, PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A. (en adelante, "PUFOSA"), firma de auditoria elegida libremente por SIGAAR, realizó un informe de revisión financiera, en el que se analizaron los estados contables y los principales ratios económicos y financieros de la Filial a 31 de octubre de 2019. Se acompaña, como DOCUMENTO N°3.

Después de analizar ambos documentos, SIGAAR ofreció en pago de las acciones correspondientes un importe equivalente a **ocho veces el EBITDA de HABANERA del ejercicio 2019, el cual ascendía a NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS EUROS (972.222,00.-€)**.

- iii. El 15 de noviembre de 2019, SIGAAR y GREED GROUP, firman una *Letter of Intent*, que incluía un informe de valoración de las aportaciones no dinerarias realizado por la experta independiente, D.^a LAURA SANTIAGO MURILLO, que arrojó un resultado similar al informe de PUFOSA. Se acompañan, como DOCUMENTOS N°4 y N°5 respectivamente.

Finalmente, el 20 de diciembre de ese mismo año, se llevó a cabo lo dispuesto en la referida *Letter of Intent*. Además, en esa misma fecha, se elevaron todos los contratos a público, que incluía, entre otras cláusulas, (i) la sumisión a los Juzgados y Tribunales de Valencia de las cuestiones y litigios derivados de referidos contratos y (ii) unas *Reps & Warranties*, por parte de GREED GROUP, cuya vigencia era de 12 meses.

- iv. Debe señalarse que la Sociedad ha estado controlada siempre por SIGAAR, a pesar de que D. GORDON GEKKO fuese relegado a la mera gestión diaria, como exponemos más detalladamente *infra*.

Es igualmente relevante destacar que también ha sido SIGAAR quien ha venido financiando a la Sociedad⁴, a través de un préstamo, hasta el Acuerdo Primero de la Junta del 27 de abril de 2020.

⁴ Crédito en virtud del cual se llevó a cabo el Acuerdo Social Primero de Ampliación de Capital por Compensación, objeto de la presente *litis*.

- v. Una vez constituida la Sociedad⁵, con fecha de 10 de marzo de 2020, se reúnen representantes de GREED GROUP y de SIGAAR, momento en el que esta última acusa, infundadamente, a HABANERA de llevar a cabo irregularidades contables para incrementar su EBITDA del ejercicio 2019 y, en consecuencia, exigiendo un ajuste del precio de compraventa que ella misma había propuesto después del análisis de hasta cuatro informes diferentes.

Ante esta serie de acusaciones, carentes de fundamento alguno, GREED GROUP negó - y niega - en rotundo cualquier tipo de irregularidad y cuestionó la validez de cualquier información arrojada por el informe interno de SIGAAR. A mayor abundamiento, en lugar de intentar llegar a un acuerdo para resolver las diferencias suscitadas e intentar calmar el clima de crispación, lo que sucede es que D. FOX BUD continua con sus acusaciones vía correo electrónico, a las que D. GORDON GEKKO no puede sino, únicamente, negarse. Se acompaña copia del cruce de correos electrónicos como DOCUMENTO N°6.

Además, esta actitud no muestra sino la falta de confianza y mala fe con la que ha actuado desde el principio referida mercantil para con GREED GROUP, que, por el contrario, siempre se ha mostrado dispuesto a colaborar y fortalecer la relación entre ambos, incluso dejando que SIGAAR eligiese libremente la firma auditora PUFOSA para llevar a cabo el informe legal que mencionamos *supra*.

1.2.- Todo lo anterior no constituye en sentido estricto el objeto del presente procedimiento, pues la gestión de la Sociedad, cuando menos negligente, por parte de su administrador y los daños que dicha gestión ha ocasionado a la Sociedad tendrá que ser ventilada, en su caso, en el procedimiento al que eventualmente dé lugar la acción social de responsabilidad de los administradores cuya interposición va a proponer esta parte en la Junta de

⁵ Inscrita el día 3 enero de 2020 en el Registro Mercantil de Barcelona.

Accionistas cuya celebración ha solicitado en fecha 30 de enero de 2021 mediante conducto notarial, del que se acompaña copia como DOCUMENTO N°7.

No obstante, dichos antecedentes sí son relevantes para contextualizar la presente *litis*, pues las circunstancias relatadas refuerzan en este caso el ejercicio abusivo del poder por parte de la mayoría y la omisión del deber de lealtad y buena fe de los socios – para con sus consocios y con la propia sociedad–, particularmente en lo que a la ampliación de capital social por compensación de crédito se refiere.

2. OBJETO DE LA DEMANDA:

2.1.- Tal y como se ha adelantado, no constituye objeto del presente procedimiento la gestión de la Sociedad llevada a cabo por sus administradores, ni los daños que tal negligente gestión ha ocasionado a la Sociedad, pues ello será objeto de la acción social de responsabilidad que acuerde interponer la Junta de Accionistas o, en su caso, mi mandante de no ser aprobado su ejercicio por la Junta.

Consecuentemente, únicamente constituye el objeto de la presente acción el acuerdo primero adoptado el 27 de abril de 2021 esto es, particularmente, la ampliación de capital por compensación de crédito (esto es, el “Acuerdo Primero”). Ello sin perjuicio de que la acción social de responsabilidad que en su día se interponga pudiera eventualmente acumularse al presente procedimiento.

2.2.- Al objeto de acreditar la bondad de las pretensiones de esta parte y, como se expondrá en detalle *infra*, la impugnación del Acuerdo Primero se basa en los siguientes motivos:

- i. En primer lugar, el Acuerdo Primero lesiona el interés social, al haberse adoptado de manera abusiva por la mayoría en su propio interés, sin responder a una necesidad razonable de la Sociedad y en detrimento injustificado del socio minoritario – GREED GROUP – (art. 204.1 LSC); y

- ii. En todo caso, el Acuerdo Primero es contrario a la Ley, en la medida que el mismo ha sido adoptado en situación de conflicto de intereses – infracción art. 190 LSC- por lo que debe ser declarado nulo.

PRIMERO.- SOBRE LAS PARTES DE LA PRESENTE DEMANDA: EXISTE UNA IDENTIDAD DE CONTROL DE LA MAYORÍA DE LA JUNTA Y DEL ADMINISTRADOR ÚNICO.-

Como hemos adelantado en el apartado anterior, el principal motivo de impugnación del Acuerdo Primero consiste en el abuso de la mayoría en detrimento de la minoría –o, dicho de otro modo, la adopción del Acuerdo Primero por la mayoría con el objetivo evidente de perjudicar los derechos de GREED GROUP como accionista minoritario–.

Siendo así, es importante exponer brevemente quienes son las partes involucradas y, especialmente, cuál es la actividad que desarrollan ambas, así como la composición del accionariado y tipo de administración de la Sociedad, al objeto de poner en su debido contexto la proposición y ulterior aprobación del Acuerdo Primero de ampliación de capital por compensación de créditos.

1. LA DEMANDANTE: GREED GROUP:

1.1.- GREED GROUP es la sociedad matriz de un importante grupo empresarial con filiales en Estados Unidos, Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, as Islas Caimán y España. Además, está dirigida por un Consejo de Administración cuya presidencia ostenta D. GORDON GEKKO, de nacionalidad australiana, desde 2007.

1.2.- Así, GREED GROUP es la cabecera del grupo de sociedades a través del que se fabrican y comercializan distintos tipos de producto para caballeros, entre los que destacan la gomina, la confección de trajes, esmóquines y fracs, así como la prestación de servicios de coctelería internacional, tal y como se puede comprobar en su página web⁶. En este sentido, especialmente relevante es la

⁶ www.greedgroup.com/

buena gestión realizada hasta la fecha, puesto que la gomina de GREED GROUP es la más utilizada por los banqueros de la City londinense, de ahí que la marca sea reconocida y admirada en los parques bursátiles europeos.

1.3.- Entre las filiales más destacadas, se encuentra, HABANERA, sociedad española dedicada a la importación de cigarros habanos directamente desde Cuba. La sociedad está dirigida por el mismo Consejo de Administración que su matriz.

2. LA DEMANDADA: NEWCO:

2.1.- Por su parte, NEWCO fue constituida mediante escritura otorgada en Barcelona, el día 3 de enero de 2020, ante el Notario D. JOSÉ MANUEL SANTIAGO MARÍN, y consta inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, al tomo 1234, libro 259, folio 75, hoja B-686247.

El objeto social de la misma consiste en la fabricación e importación de cigarros y puros en el mercado español y caribeño.

2.2.- La Sociedad, hasta la fecha de la Junta del día 27 de abril de 2020, estaba gestionada por el administrador único D. BUD FOX. Posteriormente, y con motivo de otro acuerdo, el Acuerdo Segundo adoptado en esa misma Junta, se procedió al cese de D. BUD FOX y al nombramiento de D. GLAUSER ROIST⁷ -que es otro administrador mancomunado de SIGAAR- en sustitución de aquél.

En relación con lo anterior, es importante destacar que es evidente que, al ostentar el cargo de administrador único, como administradores a su vez de SIGAAR, esta:

- i. Tiene garantizado el control sobre las decisiones de la administración de NEWCO-; y

⁷ Nótese que, D. BUD FOX fue el único en participar en la negociación para la creación de la *Joint Venture* (NEWCO).

- ii. Tiene garantizado el control sobre las decisiones de la Junta, destacamos que esta es titular del 75% del capital social de NEWCO (recordamos que después del Acuerdo Primero esta asciende al 95%).

2.3.- La sociedad tiene un capital de 1.000.000 euros, dividido en 100.000 acciones de 1€ de valor nominal cada una y en la fecha de celebración de la Junta su accionariado estaba distribuido de la siguiente manera:

Accionista	%
Sigaar, B.V.	75%
Greed Group, S.A.	25%
TOTAL	100%

Así, podemos apreciar que el capital social está controlado por una sociedad, SIGAAR, que, además, controlan también al Administrador Único-.

SEGUNDO.- EL ACUERDO PRIMERO PERJUDICA EL INTERÉS SOCIAL: EL ACUERDO PRIMERO NO RESPONDE A UNA NECESIDAD RAZONABLE DE LA SOCIEDAD Y SE HA ADOPTADO EN BENEFICIO PROPIO DE LA MAYORÍA Y EN PERJUICIO DE LOS INTERESES DE GREED GROUP.-

Así, a la vista del desarrollo de los acontecimientos y una vez expuestos los datos más significativos de las partes, así como los equilibrios de poder dentro de los diferentes órganos de gestión de las sociedades implicadas, pasamos a exponer el contenido del Acuerdo Primero y las circunstancias en las que se produjo la propuesta y aprobación del mismo, lo que evidenciará que se ha adoptó en beneficio propio y exclusivo de la mayoría controlada por SIGAAR y en perjuicio de los intereses de GREED GROUP como socio minoritario.

De este modo, el socio mayoritario, SIGAAR, puso en marcha una serie de actuaciones orientadas a marginar principalmente a mi mandante. Dichas actuaciones consistieron fundamentalmente en (i) diluir la participación en el capital social a través de una ampliación de capital por compensación de crédito y (ii) en apartar de cualquier decisión o gestión de la Sociedad a GREED GROUP.

1. EL ACUERDO PRIMERO NO RESPONDE A UNA NECESIDAD RAZONABLE DE LA SOCIEDAD:

1.1.- Lo cierto es que, desde un punto de vista objetivo, no existe una necesidad real –mucho menos razonable– que justificase la compensación del crédito que había concedido SIGAAR hacía menos de cuatro meses.

Además, si bien esta parte es conocedora de la complicada situación a nivel global, a causa de la Covid-19, la crispación tiene su origen antes de la aparición de las circunstancias a las que hacemos referencia, ya que las acusaciones vertidas sobre mi mandante son previas tanto a la aprobación de las cuentas anuales como a la declaración de la pandemia global⁸. Por otro lado, la situación de parálisis y crisis de la industria cigarrera – totalmente imprevisible por la rápida expansión del virus – como es bien sabido, se desarrolla paulatinamente a lo largo de las siguientes semanas a la celebración de la Junta y no antes ni inmediatamente después.

Además, como ya hemos señalado, al no haberse, en ese momento, hecho balance aún del ejercicio de 2019, difícilmente podía preverse la necesidad de realizar esta ampliación por compensación de crédito.

1.2.- Por lo tanto, es evidente que la relación entre SIGAAR y GREED GROUP, ha sido un fracaso desde el principio y no trae causa en la pandemia ni es consecuencia de sus efectos, por lo que esta parte sospecha que, aunque en las comunicaciones previas a la Junta consta que, *a priori*, la finalidad de la ampliación es meramente la compensación del crédito, las verdaderas intenciones de la misma son las siguientes:

- I. Diluir la participación del socio minoritario. Así se deduce claramente de la pérdida de peso de GREED GROUP en la NEWCO.

⁸ Es un hecho notorio que la Covid-19 fue declarada como pandemia mundial el 11 de marzo de 2020.

- II. Cancelar anticipadamente y sin el consentimiento de GREED GROUP el préstamo concedido apenas cuatro meses antes, en fecha 3 de enero de 2021, con razón de la creación de NEWCO, que hacía innecesaria dicha ampliación, de lo que se deduce que la necesidad de esta es ficticia.
- III. Beneficiar a SIGAAR, como socio mayoritario, no solo ampliando su mayoría en el capital social, sino mediante acuerdos complementarios que le proporcionan beneficios directos en perjuicio de la propia sociedad y GREED GROUP.

Estos acuerdos, indicados en este último punto III., consistieron en (i) el nombramiento de D. GLAUSER ROIST, administrador mancomunado de SIGAAR, como administrador único de NEWCO en sustitución de este último y (ii) la destitución como gestor de D. GORDON GEKKO a los pocos días de que se celebrase la Junta, esto es, a principios del mes de mayo.

Por lo tanto, es evidente que ninguno de tales fines beneficia en modo alguno al interés social, sino únicamente al de la mayoría en detrimento de mi mandante, cuestión que desarrollaremos a continuación.

2. EL ACUERDO PRIMERO RESPONDE EXCLUSIVAMENTE A LOS INTERESES DEL ACCIONISTA QUE CONTROLA AL ADMINISTRADOR ÚNICO EN DETRIMENTO DE LOS INTERESES DEL ACCIONISTA MINORITARIO:

2.1.- Ya hemos visto en el apartado anterior que la ampliación de capital por compensación de crédito no responde a una necesidad real de la Sociedad. Veremos ahora cómo, atendidas las circunstancias y el contenido concreto del Acuerdo, el mismo responde únicamente al interés particular del socio mayoritario –que no es otro que el accionista que ostenta el control sobre Administrador Único.

2.2.- El Acuerdo Primero perjudica directamente los intereses de GREED GROUP pues la compensación del crédito:

- i. Es una operación en la que no había margen de maniobra por parte del socio minoritario, lo que se evidencia en que, a pesar de su voto en contra, se acabó adoptando.
- ii. Además, aumenta la participación en el capital de SIGAAR, hasta llegar al punto de quedar en manos de este el 95% de las acciones de NEWCO.

2.3.- Por último, cabe destacar que todo lo anterior hace casi imposible cualquier tipo de participación real en las Juntas de Accionistas por parte de mi mandante.

Por todo ello, procede la anulación del Acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LSC y la jurisprudencia que los interpreta, según se expondrá en la fundamentación jurídica de esta demanda.

TERCERO.- NULIDAD DEL VOTO DE SIGAAR: VULNERACIÓN DEL ART. 190.1.C) LSC.

1.- Es bien sabido que, para llevar a cabo un aumento de capital por compensación de créditos, la LSC exige al órgano de administración – en este caso al Administrador Único - la elaboración de un informe, siendo este es el centro sobre el que gravita una correcta ampliación de capital de este tipo. Por lo que, a la luz lo expuesto anteriormente, al no basarse en una necesidad real, se trata de una decisión meramente arbitraria del Administrador Único llevar a cabo dicha operación.

A mayor abundamiento, los deberes de buena fe y lealtad que la ley impone a los socios son parte inherente del propio contenido de la relación entre estos y la sociedad. Reflejo de los mismos son las distintas prohibiciones que la LSC impone a los socios-administradores con la finalidad de proteger los intereses de la sociedad frente a los suyos particulares, ya que, en muchos casos, como el presente, dichos socios-administradores ostentan también la condición de accionistas mayoritarios. En este sentido, el artículo 190 LSC establece que cuando exista un conflicto de intereses entre el socio y la propia sociedad, el primero debe abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera.

En el caso, en relación a la ampliación de capital por compensación de crédito, es evidente el claro conflicto de intereses entre NEWCO y su socio-administrador único, pues este es a su vez administrador mancomunado de SIGAAR, que es la principal o única interesada en referida compensación de crédito. Así, al suponer la concesión de un derecho el Acuerdo Primero por el que se realiza el aumento de capital en el que la suscripción se realiza a través de la compensación de créditos que tiene SIGAAR a su favor, ese Acuerdo Primero supone alterar la composición del capital social, dejando de lado a GREED GROUP⁹.

2.- Cabe destacar que el Acuerdo Primero ha sido aprobado únicamente por SIGAAR, sin apoyo alguno de mi mandante, como socio minoritario. Así, como se explicará en sede de fundamentación jurídica, doctrina y jurisprudencia han establecido que, en situaciones semejantes, los socios mayoritarios o de control deben abstenerse de votar en dicho acuerdo, y la consecuencia jurídica que se deriva de la infracción del deber de abstención será la nulidad de su voto en conflicto de intereses por aplicación, incluso, de las reglas generales (artículo 6.3 CÓDIGO CIVIL).

Por consiguiente, siendo nulo el voto del accionista mayoritario, sólo cabe concluir que en el presente caso no existe una mayoría suficiente para adoptar dicho acuerdo.

* * *

A los anteriores Hechos resultan de aplicación los siguientes,

⁹ Teniendo en cuenta que en el presente caso no se ha reconocido a GREED GROUP un derecho de suscripción preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

-I-

JURÍDICO PROCESALES

I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

1.- De conformidad con el artículo 86 ter, apartado 2(a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en conexión con el artículo 204 LSC, corresponde el conocimiento de la presente demanda a los Juzgados de lo Mercantil, por tratarse de una impugnación de acuerdos societarios promovida al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles.

2.- En particular y de conformidad con el artículo 52.1.10º LEC, es competente territorialmente el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, por ser el correspondiente al del domicilio social de NEWCO.

II.- CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN.-

1.- Ambas partes tienen capacidad para ser parte conforme a los artículos 6.1.3º LEC, así como los artículos 7.1 y 7.4 del mismo texto legal.

2.- La legitimación activa corresponde a la demandante de conformidad con el artículo 206, apartados 1 y 2 de la LSC, por cuanto que ostenta, como accionista de la Sociedad, un interés directo y legítimo en la anulación de los acuerdos impugnados, en la medida que, como se ha expuesto, se adoptaron con una flagrante infracción del deber de lealtad y diligencia, en conflicto de intereses, y en contra de la Ley, en tanto que se llevaron a cabo con un evidente abuso de derecho de la mayoría.

3.- La legitimación pasiva corresponde a NEWCO de conformidad con el artículo 206.3 LSC.

III.- POSTULACIÓN Y DEFENSA.-

Se cumple con las normas procesales de postulación, ya que la demanda se presenta por medio de procurador legalmente habilitado y bajo la dirección del letrado que la firma, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 31 LEC.

IV.- CUANTÍA Y PROCEDIMIENTO.-

1.- Toda vez que la presente demanda sobre impugnación de acuerdos societarios se basa en cuestiones formales (conflicto de intereses y abuso de derecho de la mayoría), la cuantía del procedimiento se considera indeterminada.

2.- El presente proceso debe de seguir los cauces del juicio ordinario por razón de su materia -impugnación de acuerdos societarios-, de conformidad con lo establecido en el artículo 249.1.3º LEC.

V.- COSTAS.-

En relación con las costas, de conformidad con el artículo 394 de la LEC las correspondientes a la primera instancia se impondrán a la parte que vea rechazada sus pretensiones.

-II-

JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- EL ACUERDO PRIMERO SE HA ADOPTADO POR LA MAYORÍA - QUE CONTROLA AL ADMINISTRADOR ÚNICO - EN INTERÉS PROPIO Y EN DETRIMENTO INJUSTIFICADO DE GREED GROUP, SIN RESPONDER A UNA NECESIDAD RAZONABLE DE LA SOCIEDAD

1.- Dispone el artículo 204.1 LSC que serán impugnables aquellos acuerdos que *“sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*.

Asimismo, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre introdujo un segundo párrafo en el artículo 204.1 LSC que, recogiendo la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de adopción de acuerdos societarios adoptados en abuso de derecho por parte de la mayoría, dispone que se habrá de entender que se ha producido una lesión al interés social “cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

En efecto, ya antes de la modificación del artículo 204.1 LSC nuestros tribunales venían anulando acuerdos con base en el ejercicio abusivo del derecho por parte de la mayoría, pues “[e]l derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría”. A ello se refería en su **Fundamento de Derecho Cuarto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en su Sentencia núm. 746/2019 de 17 abril [IdCendoj: 08019370152019100713]**, en la que se analiza el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la figura del interés social puesta en relación con la impugnación de acuerdos abusivos adoptados por la mayoría:

“(…) 6. Como afirma la STS de 7 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9284/2011, ECLI:ES:TS:2011:9284) “...no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por “intereses de la sociedad”, dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991 , según la que “[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una “institución-corporación”, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja

comunitaria, supone una lesión al interés social ", a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc."

7. La misma sentencia del TS que acabamos de referir menciona que, si bien el artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) , introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio (RCL 2003, 1817) (hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400)), parecía inclinarse por un concepto institucionalista ("[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..."), sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas. Así, STS de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios", y la STS 186/2006, de 7 marzo (RJ 2006, 5700), con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que "éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"-.

8. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis "en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

9. **"Como recuerda la STS de 7 de diciembre de 2011 , antes citada, " los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto**

razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) , son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre , y 770/2011, de 10 de noviembre -".

10. En el mismo sentido, la redacción actual del art. 204.1 LSC, tras la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613), ha introducido un párrafo 2.º que dispone lo siguiente: "(l)a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

Aunque tal norma no resulte de directa aplicación al caso por razones temporales, sí creemos que tiene una eficacia interpretativa del derecho anterior, en la medida en que el legislador no ha hecho otra cosa que trasladar al texto normativo lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado sobre el concepto de "interés social".

17. Partiendo de dicha jurisprudencia, concluimos que la invocación del interés social como motivo de la impugnación de los acuerdos sociales constituye un valioso mecanismo de defensa de los intereses de la minoría frente a los posibles abusos en los que hubiera podido incurrir la mayoría al aprobar los acuerdos. Contra el criterio de la sentencia apelada, que negó que pudiera cuestionarse la retribución fijada al administrador como contraria al interés social con fundamento en que era desproporcionada en comparación con los beneficios de la sociedad, por cuanto

ello supondría una intromisión intolerable del poder judicial en el devenir de una empresa y sería contrario al principio de libertad de empresa, en esas dos Sentencias dijimos que **la mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría** y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social.

18. "Los socios de una sociedad mercantil -añadimos en la Sentencia de 12 de septiembre de 2017 - tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de **la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios**. Y entre los acuerdos a los que con frecuencia se ha aplicado esa doctrina se encuentran precisamente los de fijación de la remuneración del administrador (STS 13 de junio de 2012), particularmente cuando el cargo de administrador sea ostentado por el socio mayoritario, en la medida en que la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital.

Por tanto, creemos que resulta imprescindible analizar si la retribución fijada al administrador era proporcionada y ello con independencia de cuál fuera el sistema a través del cual se fije dicha retribución. Y particularmente cuando, como en nuestro caso ocurre, ese sistema deja completa libertad a los socios para fijar su cuantía".

[...]

Por todo ello, **debemos estimar parcialmente el recurso y declarar la nulidad del acuerdo por lesionar el interés social en beneficio de uno de los socios.**

En el mismo sentido se pronunciaba en su **Fundamento de Derecho Segundo e Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca en su Sentencia núm. 179/2017 de 12 abril [IdCendoj: 07040470012017100006]** en la que analiza los requisitos para que proceda la anulación de acuerdos societarios que lesionan el interés social al haberse adoptado de manera abusiva por la mayoría, persiguiendo su interés particular e incumpliendo su obligación de lealtad hacia sus consocios y hacia la propia sociedad:

“En los términos empleados por el legislador en el art.204 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400), los Tribunales solo deben dejar sin efecto aquellos acuerdos sociales que, adoptados por la mayoría, comporten una conducta desleal hacia la sociedad. Así se traduce de la regla que la impugnación se produciría cuando impone la existencia de un perjuicio para la sociedad y un coetáneo beneficio para su socio o un tercero.

Se trata de evitar que, por el juego de las mayorías, determinados acreedores aprovechen la misma para obtener un rédito, que en modo alguno queda justificado por el interés de la persona jurídica, cuando no se trate de maximizar el mejor interés de la sociedad. Dicho esto, en relación con la impugnación planteada (basada en la nueva regulación del art.204.1 párrafo segundo LSC), lo que hace el nuevo precepto es establecer una definición legal de ese ejercicio abusivo del derecho, como motivo de impugnación, para lo cual utiliza los siguientes términos: "Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

Una definición de la que *se extrae la necesidad de concurrencia de tres elementos para entender que un acuerdo es abusivo:*

- que no responda a una necesidad razonable de la empresa

- que se adopte en interés propio de la mayoría (y no dañe el patrimonio social)

- que se adopte en detrimento injustificado de los demás socios

Queda claro que cuando se hace referencia a esa necesidad razonable, la idea que subyace es el interés de la mercantil y no el particular de los socios. Y no cualquier interés, sino que la razonabilidad debe estar presente y manifestarse sin que quepan actuaciones arbitrarias; lo cual debe diferenciarse de las meramente discrecionales, aquellas que por política de conveniencia son adoptadas por los órganos sociales, en el marco de las atribuciones de gestión y modificación estatutaria que se atribuye al régimen de la mayoría. Desde este punto de vista, esa discrecionalidad vendría condicionada por la lealtad, de tratar de obtener el interés común, aquel que está presente a lo largo del contrato societario que constituye una mercantil. Por el contrario, cuando el interés social queda quebrado por la obtención de una ventaja particular, opuesto al general de la sociedad, la reacción del sistema es declarar esa conducta como abusiva. Precisamente es abusivo, porque no existe una necesidad razonable que amparar, sino la defensa de un interés propio y espurio que, aprovechándose del juego de la mayoría, trata de imponer sacrificios injustificados a la minoría, quebrando sus intereses en el proyecto colectivo.

[...]

Por ello respecto al interés social, como señala el Profesor Paz Ares, (Indret, 2014) los límites reconocibles derivan, como decimos, de ciertas exigencias de fairness en el procedimiento. La discreción de la junta

debe limitarse, en efecto, cuando la mayoría no juega limpio y aprovecha el poder de configuración que tiene con fines desleales.

Esto ocurre cuando utiliza su derecho de voto ignorando o menospreciando los derechos de sus consocios e incumpliendo así la promesa implícita en el contrato de sociedad de no desviar valor de la esfera social a la esfera particular. Precisamente por ello los acuerdos de la junta son impugnables por infracción del interés social (artículo 204.1 LSC) (...)

Es cierto que los socios pueden perseguir su interés propio con el voto. Sin embargo, cuando tienen una posición de influencia esa posibilidad queda limitada por el deber de lealtad hacia sus consocios. La buena fe les obliga a perseguir intereses comunes, cualquiera que sea su contenido (arg. ex artículo 1666 Cc). La clave por ello de la contrariedad al interés social está en la persecución y obtención de una ventaja particular (Sondervorteil) que pone de relieve la existencia de un defecto en el procedimiento por conflicto de interés.>>

Es precisamente en estos casos, caracterizados por la existencia de un conflicto de interés entre una mayoría definida y una minoría indefinida (o definida), cuando los jueces están llamados a cumplir una función arbitral, lo que significa que el interés social juega un papel negativo (como límite que veda la actuación lesiva de unos socios en beneficio propio) y no un papel positivo (como exigencia justiciable de actuar en el «mejor interés» de la sociedad en cada momento). En definitiva, la decisión no es obligatoria/justa/legítima porque se adopte por la mayoría, sino porque normalmente tiende a producir resultados legítimos, y es necesario crear un escenario de certeza. Sobre la impugnabilidad de los acuerdos que perjudican a la minoría

Como se ha venido exponiendo, los socios de una sociedad anónima o limitada tienen, como cualquier socio de cualquier tipo societario, un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios. Sobre esta base, el artículo 204.111 LSC consagra, como hemos mencionado, ahora la regla de la impugnabilidad

de los acuerdos que, aunque no perjudican a la sociedad (son neutrales desde este punto de vista), merecen la calificación de expropiatorios para la minoría. La comprensión tradicional consideraba que el artículo 204 LSC no los incluye expresamente de modo que estos acuerdos habían de ser considerados como acuerdos abusivos y por tanto nulos (artículo 7 Cc).

Ahora debe considerarse este tipo de acuerdos abusivos como acuerdos adoptados por el socio mayoritario en infracción de su deber de lealtad hacia la minoría. Esta comprensión se corresponde con la idea de que el interés social sirve a la integración del contrato social lo que lleva al intérprete a analizar la conducta de la mayoría para comprobar si se corresponde con la voluntad hipotética de todos los socios, es decir, con la conducta que todos los socios habrían adoptado si hubieran previsto la situación. En similar sentido se ha manifestado la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia núm. 389/2014 de 20 noviembre (PROV 2015, 57475)." - ...Abuso del derecho. El principio general de abuso del derecho y la prohibición de su ejercicio antisocial juega un papel determinante en el Derecho de sociedades cuando se produce la fricción entre los intereses de los socios mayoritarios frente a quienes ostentan una menor participación en el capital social. Como es de evidencia, el socio puede ejercitar sus derechos en la forma que estime conveniente, pero en su actuación no podrá vulnerar el interés de la sociedad ni incurrir en comportamientos abusivos. Una conducta abusiva en el ejercicio de los derechos del socio, además, supone una quiebra de la esencia del contrato de sociedad que, a la postre, impone a todos los socios un deber de lealtad o de fidelidad a la causa del contrato, tanto a los minoritarios para prevenir conductas que obstaculicen la marcha de la sociedad, como a los mayoritarios, evitando comportamientos dirigidos a perjudicar a quienes ostentan un menor peso en las decisiones de la sociedad, pues el interés social no se identifica necesariamente con el interés de una mayoría de socios." . A mayor abundamiento la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, Sentencia nº 30, de 7 de febrero de 2017 (PROV 2017, 74946) , en relación al abuso de derecho, manifiesta " en

ejercicio abusivo del derecho por parte del accionista mayoritario para distraer del minoritario su derecho de adquisición preferente para el caso de transmisión de una acciones, que impiden considerar que, en contra de lo que se sostiene por el apelante, con la demanda tan sólo se pretende subvertir el régimen de las mayorías sociales, a favor del minoritario.

2.- Pues bien, como se ha expuesto en los hechos, concurren en el presente caso los requisitos necesarios para apreciar que el Acuerdo Primero lesiona el interés social en el sentido del párrafo segundo del artículo 204.1 LSC. En efecto:

- i. El Acuerdo Primero no responde a una necesidad razonable de la Sociedad: tal y como hemos señalado, atendiendo a la fecha de concesión del préstamo y el posterior Acuerdo Primero de ampliación por compensación de crédito, no existe una necesidad real –ni mucho menos razonable– de compensar el mismo, máxime cuando se trata de una sociedad a la que no le ha dado tiempo a operar en el mercado. Por otro lado, tampoco era previsible que la pandemia global fuese a dar lugar a semejante crisis, luego, no puede achacarse la decisión a referida circunstancia sobrevenida, sino en la lamentable actitud para con GREED GROUP que SIGAAR siempre ha mantenido.
- ii. El Acuerdo Primero se ha adoptado en interés propio de la mayoría: según se ha expuesto, en virtud del Acuerdo, la Sociedad queda prácticamente en manos de la mayoría, esto es, SIGAAR, que controla la Junta, con un 95% de las acciones, y a Administrador Único, de manera que puede llegarse incluso a confundir la personalidad de ambas.
- iii. El Acuerdo Primero se ha adoptado en detrimento injustificado de los demás socios: a mayor concreción, el Acuerdo Primero se ha adoptado al objeto de perjudicar los derechos de GREED GROUP como accionista minoritario, diluyendo severamente su participación en el capital de la Sociedad sin ningún tipo de margen de negociación.

Debemos recordar, en este sentido, que la ampliación de capital por compensación de créditos, de acuerdo con el artículo 199 Reglamento del Registro Mercantil, implica la realización de un informe por parte del Administrador Único –que a su vez es el socio mayoritario de la Junta– que se realizó al poco tiempo de surgir discrepancias ente SIGAAR y GREED GROUP.

Además, todo lo anterior queda respaldado por el análisis de los datos del ejercicio 2020, cerrado hace apenas diez días. Se puede apreciar como la Sociedad no tenía necesidad objetiva de llevar a cabo el Acuerdo Primero desde un punto de vista económico. Además, se desprende de las ventas que la caída fue precisamente a partir de la Junta del 27 de abril de 2020, precisamente el día en el que se adoptó referido acuerdo. Se acompaña el informe de la AUDITORIA AUDITORES ROBBINSON, S.A., como DOCUMENTO N°8.

3. En definitiva, ha quedado acreditado que el Acuerdo Primero responde a un posicionamiento estratégico por parte del socio que controla al Administrador Único y la mayoría en la Junta, ajeno por completo al interés social –o a cualquier necesidad objetiva de la Sociedad–, tendente exclusivamente a beneficiar sus propios intereses (ya sea blindando su posición mayoritaria o reportándole un – injustificadamente– mayor rédito por la eventual venta de sus acciones) y en un claro detrimento de los intereses del socio minoritario, esto es, de GREED GROUP.

Por todo ello, de conformidad con el artículo 204.1 LSC y la jurisprudencia sobre impugnación de acuerdos abusivos citada *supra*, procede declarar la nulidad del Acuerdo.

SEGUNDA.- IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO PRIMERO DE LA JUNTA DE 27 DE ABRIL DE 2020 POR SER CONTRARIO A LA LEY: VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 190 LSC.

Como hemos mencionado *supra*, en este sentido, el artículo 190 LSC establece que cuando exista un conflicto de intereses entre el socio y la propia sociedad, el primero debe abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la

operación a que el conflicto se refiera. De acuerdo con la doctrina, la posición de influencia o control se manifiesta en dos planos:

- (i) Por un lado, en relación a la Junta de Accionistas, contribuyendo con su voto a la aprobación de acuerdos que favorezcan su interés frente al de la sociedad.
- (ii) Por otro lado, el socio puede influir en los administradores para que estos favorezcan sus intereses en el desarrollo de la actividad.

Derivado de ello, el socio mayoritario o de control debe estar afectado por el deber de abstención en caso de conflicto de intereses y, consiguientemente la emisión del voto en tales circunstancias constituye un deber de lealtad y, como tal, debe considerarse ilícito, sin necesidad de examinar el incumplimiento de otros presupuestos. La consecuencia jurídica, entonces, que se ha de derivar del deber de abstención consiste en la nulidad del voto en conflicto de intereses por aplicación de las reglas generales (art. 6.3 CÓDIGO CIVIL).

En cuanto a la *influencia sobre los administradores*, de acuerdo con reconocidos autores, como RIBAS FERRER, VICENÇ, si no es posible acreditar la relación de parte vinculada del socio mayoritario con el administrador, los votos emitidos por el socio se entenderán válidos y eficaces. Ahora bien, en el presente caso la relación es más que evidente: los que han sido administradores únicos de la Sociedad también son los administradores mancomunados del socio mayoritario, y por ello, al beneficiar el Acuerdo Primero únicamente a SIGAAR, el mismo deviene ineficaz.

Por otro lado, en relación con la *Junta de Accionistas*, el motivo de la impugnación del acuerdo se encuentra en la contravención de la ley, puesto que la ineficacia de los votos del accionista de control lleva consigo que el acuerdo no consigue obtener el voto mayoritario necesario. En este sentido, destaca **la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia San Sebastián 90/2017 de 16 de marzo**

[IdCendoj: 20069470012017100090]¹⁰, en un caso muy similar, estima que supone la concesión de un derecho -y por tanto existe deber de abstención- el acuerdo de ampliación de capital con compensación de créditos a favor del socio mayoritario, aun cuando se conceda un derecho de suscripción preferente abierto a todos los socios. Entiende en este caso el juzgador, que un acuerdo de este tipo supone un sobreesfuerzo para los socios minoritarios mientras que los mayoritarios están en una posición más cómoda (si el minoritario ejercita la suscripción preferente mantiene su nivel de participación y si no la ejercita, el mayoritario aumenta su porcentaje). Ello viene a suponer la concesión de un derecho que obliga a abstenerse en el voto.

Del mismo modo, en su **Fundamento de Derecho Tercero la Sentencia 183/2016 de 14 de junio de 2016 el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Girona [IdCendoj: 17079470012016100074]** considera que, en tanto que la ampliación de capital por compensación de créditos se trata de un supuesto de aportación no dineraria y que, por tanto, no existe derecho de suscripción preferente¹¹. No existiendo suscripción preferente, el acuerdo de ampliación de capital con compensación de créditos supone la concesión de un derecho al socio, estando este entonces incurso en conflicto de intereses del apartado c) del art.190 LSC y debiendo abstenerse:

“(...) de aceptarse que con acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos ostentado por un socio de control estuviéramos ante un aumento contra aportación no dineraria y, por tanto, se excluyera el derecho de suscripción preferente, estaríamos al ser la persona favorecida por el acuerdo al que se le otorga el derecho de suscripción de las nuevas participaciones

¹⁰ Este pronunciamiento fue confirmado por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en Sentencia 236/2017 de 4 de octubre, añadiendo, además, que al ser el socio mayoritario (a favor del que operaba la compensación de créditos en la ampliación de capital) también administrador, la no abstención conforme al art. 190, suponía también una infracción del deber de lealtad al que está sometido en tanto en cuanto su posición de administrador.

¹¹ El juzgador se muestra contrario a la consideración de aportación no dineraria de la ampliación de capital realizada con compensación de créditos; si bien aclara que por ser muy clara la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2012 a este respecto las partes no han discutido la referida naturaleza, y por tanto debe resolver tomando como premisa que la compensación de créditos se trata de una aportación no dineraria a los efectos de la ampliación de capital.

sociales, ante un claro supuesto de abstención en el derecho de voto. Estableciendo el antiguo artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que en las sociedades de responsabilidad limitada [actualmente también a las sociedades anónimas] el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando, como sucede en el presente caso, se trate de adoptar un acuerdo que le "conceda un derecho". Y, en el presente caso, lógicamente, se le concedía un claro derecho, participar en la ampliación de capital en detrimento del derecho del resto de socios de participar en condiciones de igualdad en una ampliación de capital contra aportaciones dinerarias."

Por lo tanto, la aplicación del deber de lealtad del artículo 190 LSC implica la nulidad del Acuerdo, debiéndose volver al *statu quo* inmediatamente anterior a su adopción por no poder obtener este la mayoría necesaria.

SUPlico AL JUZGADO: Que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitirlo, me tenga por personada y parte en la representación que ostento y por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra NEWCO, S.A., y previos los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda:

- 1) Se declare la nulidad del Acuerdo Primero adoptado en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 27 de abril de 2020.
- 2) Se condene a NEWCO, S.A., a estar y pasar por la anterior declaración.
- 3) Se ordene la cancelación en el Registro Mercantil de la inscripción del Acuerdo Primero, de ampliación de capital por compensación de crédito, adoptado en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de fecha 27 de abril de 2020, así como de los asientos posteriores que resulten contradictorios con dicha cancelación.
- 4) Se condene a la demandada al pago de las costas judiciales.

PRIMER OTROSÍ DIGO: que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 721 y concordantes de la LEC, interesa asimismo al Derecho de esta parte la adopción de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte, petición que se fundamenta en las siguientes

ALEGACIONES

PREVIA.- REMISIÓN A LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO ALEGADOS EN LA DEMANDA. BREVE RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES

1.- Al objeto de evitar reiteraciones innecesarias y habida cuenta de que esta solicitud de medidas cautelares se presenta de manera coetánea a la demanda, se dan por íntegramente reproducidos aquí todos aquellos Hechos y Fundamentos de Derecho alegados en la demanda. Ello sin perjuicio de las referencias concretas que se harán al objeto de acreditar la concurrencia de los requisitos para la adopción de las medidas cautelares que se interesan en la presente solicitud, así como el resumen de los antecedentes incluido en el punto 2 a continuación.

Asimismo, se dan también por reproducidos todos los documentos aportados con la demanda (DOCUMENTOS N° 1 a 8), solicitando expresamente su admisión a prueba en la correspondiente pieza de medidas cautelares que se abra al efecto.

2.- Por otro lado, a continuación, se exponen de manera sumaria los antecedentes fácticos relevantes para contextualizar la presente solicitud de medidas cautelares:

- i. A principios del mes de septiembre del año 2019, SIGGAR a GREED GROUP, la constitución de una *Joint Venture* para poder acceder al accionariado de HABANERA, que se materializaría mediante la creación de una nueva sociedad (NEWCO) propietaria del 100% de las acciones de HABANERA.
- ii. Después del análisis de SIGAAR, de hasta cuatro informes de revisión financiera, contable (estados y ratios) y legal de Habanera, que se pusieron a disposición de esta, procedió a hacer la oferta por las acciones. A raíz de esto,

SIGAAR y GREED GROUP, firman una *Letter of Intent*, que se llevó a cabo poco después.

- iii. Una vez constituida la Sociedad, SIGAAR acusa, infundadamente, a HABANERA de llevar a cabo irregularidades contables para incrementar su EBITDA del ejercicio 2019, a pesar de los diversos informes analizados por esta. Ante esta serie de acusaciones, carentes de fundamento alguno, GREED GROUP negó en rotundo cualquier tipo de irregularidad y cuestionó la validez de cualquier información arrojada por el informe interno de SIGAAR.
- iv. Además, esta actitud no muestra sino la falta de confianza y mala fe con la que ha actuado desde el principio referida mercantil para con GREED GROUP, que, por el contrario, siempre se ha mostrado dispuesto a colaborar y fortalecer la relación entre ambos, incluso dejando que SIGAAR eligiese libremente la firma auditora PUFOSA para llevar a cabo el informe legal que mencionamos *supra*.

Expuesto así el resumen de los hechos más relevantes, pasamos seguidamente a justificar la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares interesadas.

PRIMERA.- LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE SE SOLICITAN: SUSPENSIÓN DEL ACUERDO PRIMERO ADOPTADO EN LA JUNTA DE 27 DE ABRIL DE 2020 Y ANOTACIÓN DE LA DEMANDA EN EL REGISTRO MERCANTIL

1.- Con el fin de tratar de asegurar la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase en el procedimiento iniciado por esta parte frente a NEWCO, interesa a esta parte la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- i. Al amparo del ordinal 10º del artículo 727 LEC, la suspensión cautelar del Acuerdo Primero, de ampliación de capital por compensación de crédito adoptado en la Junta de 27 de abril de 2020; y

- ii. Al amparo del ordinal 6º del artículo 727 LEC, en conexión con el artículo 155 RRM, la anotación preventiva de la demanda de impugnación formulada por esta parte en relación con el Acuerdo Primero, de ampliación de capital por compensación de crédito adoptado en la Junta de 27 de abril de 2020.

Ambas medidas tienen una amplia acogida entre la Jurisprudencia, además de estar expresamente previstas tanto en la norma procesal como en la regulación mercantil y, como veremos seguidamente, se dan en este caso la apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) y el peligro de mora procesal (*“periculum in mora”*) que exige el artículo 728 LEC para la adopción de las mismas.

Por otro lado, con respecto a la suspensión del Acuerdo, hacemos constar que debe tomarse el porcentaje de participación del que era titular mi mandante en el momento de adopción del Acuerdo Primero que se impugna y que ha posibilitado la modificación de la participación en perjuicio de mi representado.

Recordamos al Juzgado que GREED GROUP en el momento de celebración de la Junta era titular del 25% del capital de SBI, por lo que se supera ampliamente el porcentaje mínimo del 5% exigido en el artículo 727.10ª LEC - aunque actualmente se encuentre en ese mismo porcentaje mínimo-.

En este sentido, nos remitimos a la opinión manifestada por el profesor JUSTE MENCIA, JAVIER, en su célebre obra *“LOS DERECHOS DE LA MINORÍA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA”* (ed. Aranzadi, Elcano, año 1995), página 407, aplicable al presente caso:

“Es de notar una reducción del porcentaje requerido, de modo que, para solicitar la adopción de esta medida cautelar, ya no es preciso ostentar la quinta parte del capital social, sino únicamente el cinco por ciento. (...) Si la suspensión se solicita de un acuerdo de la Junta General, el cinco por ciento del capital debe estar, lógicamente, integrado por accionistas que estén legitimados para interponer la correspondiente demanda. La ley no deja lugar a dudas en este sentido, al referirse específicamente al demandante o

demandantes. En este supuesto, la titularidad se debe mantener durante la vigencia de la suspensión el 51 acuerdo. En la medida en que se trata de impugnar un acuerdo de la Junta General, el porcentaje debe medirse en atención al capital nominal en el momento de adoptar el acuerdo".

En este mismo sentido, nos remitimos al **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2007 [IdCendoj: 28079370282007200134]**.

2.- Además de los requisitos de fondo para la adopción de las medidas interesadas, concurren también en este caso los requisitos procesales para ello, a saber:

- i. Ese Juzgado es competente para la adopción de las medidas interesadas, al ser igualmente competente para pronunciarse sobre el pleito principal, al tratarse de un Juzgado de lo Mercantil del domicilio social de NEWCO (art. 723.1 LEC);
- ii. GREED GROUP está legitimada para solicitar la suspensión de los acuerdos adoptados en la Junta de 27 de abril al ser titular, actualmente, del 5% del capital social de NEWCO (art. 727.10 LEC);
- iii. Las medidas que se solicitan (suspensión del Acuerdo Primero adoptado en la Junta y anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil) tienen carácter temporal y son exclusivamente conducentes a garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se pueda otorgar en la sentencia estimatoria de la demanda (art. 726.1.1^a LEC); y
- iv. No son susceptibles de ser sustituidas por otras menos lesivas, por cuanto que las medidas interesadas son las únicas que permiten dar la suficiente publicidad a terceros para evitar la invocación y/o aplicación del principio de la buena fe registral, que dificultaría en gran medida –o, incluso, impediría– revocar a posteriori cualquier negocio jurídico perjudicial para los intereses sociales y de mi mandante que pudieran llevar a cabo con

dichos terceros el Administrador Único o el accionista mayoritario, SIGAAR (art. 726.1.2ª LEC).

SEGUNDA.- CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.-

El artículo 728 LEC sujeta la adopción de cualquier medida cautelar a la concurrencia de los dos presupuestos básicos que tradicionalmente han acuñado de forma pacífica tanto la jurisprudencia como la doctrina científica: **(i)** el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de las pretensiones del solicitante de la medida; y **(ii)** el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal.

Pues bien, es evidente la concurrencia, en este caso, de los referidos requisitos, tal y como seguidamente se razona.

1. APARIENCIA DE BUEN DERECHO (“FUMUS BONI IURIS”).

1.1.- La apariencia de buen derecho de las pretensiones de mi representada resulta de cuanto se ha expuesto y acreditado en el cuerpo de esta solicitud. En particular, resulta especialmente relevante considerar lo siguiente:

- La poca diferencia temporal entre la concesión del préstamo a Sociedad y la propuesta y adopción del Acuerdo Primero de ampliación de capital por compensación de crédito.
- El control absoluto que ostenta SIGAAR sobre el Administrador Único –que controla a su vez, actualmente, el 95% del capital social– sobre NEWCO.

1.2.- Nuestra jurisprudencia ha venido entendiendo que la justificación del *fumus boni iuris* no ha de ser entendida en sentido estricto y riguroso, es decir, como necesidad de que se aporte una prueba cierta y demostrativa, sino que debe ser interpretada esta exigencia de una forma más flexible y abierta, pues no en vano la ley emplea el término “justificar” que sin duda es más amplio y comporta un grado de certeza algo menor que el de “probar” o el de “acreditar”. Se trata simplemente de que el solicitante evidencie la concurrencia de una situación de

riesgo durante la pendencia del proceso, por la que razonablemente pudiera quedar amenazada la efectividad de una futura sentencia condenatoria.

1.3.- A propósito de lo anterior, todo lo expuesto en este escrito de demanda permite fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta de 27 de abril de 2020. Es decir, existen claros indicios de que el Acuerdo Primero se adoptó exclusivamente en beneficio de los intereses de SIGAAR, que controla a su vez al Administrador Único, sin que exista ninguna necesidad razonable de la Sociedad que lo justifique.

En definitiva, concurre en el presente caso el presupuesto de apariencia de buen derecho exigido por el artículo 728.2 LEC.

2. PELIGRO POR LA MORA PROCESAL (“PERICULUM IN MORA”).

2.1.- Por otro lado, el artículo 728.1 LEC exige asimismo para la adopción de medidas cautelares la concurrencia del peligro por la mora procesal o *periculum in mora*. Esto es, el riesgo de que, durante la pendencia del proceso, se pueda producir algún hecho que pudiera impedir la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, tal y como recuerda la **Audiencia Provincial de Madrid en su Auto núm. 139/2011 de 14 octubre [IdCendoj: 28079370282011200132]** –dictado precisamente en un procedimiento relativo a la impugnación de acuerdos sociales–:

“La concurrencia de periculum in mora implica que se justifique que en el caso concreto podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse la medida solicitada, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (...)”

En el caso concreto de las medidas cautelares interesadas –suspensión de acuerdos y anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil–, el requisito del *periculum* orbita en torno a la idea de la publicidad registral y la

necesidad de combatirla o enervarla para evitar situaciones de difícil o imposible reversión.

Así, entre otras resoluciones, la **Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª)**, en su **Auto núm. 80/2006 de 20 abril [IdCendoj: 28079370282006200021]**, señalaba lo siguiente:

“La concurrencia del requisito del periculum in mora no debe relacionarse propiamente con los hipotéticos efectos de la resolución sobre los actos o contratos suscritos por el administrador renovado en la junta impugnada, sino con la publicidad necesaria en relación a la impugnación de acuerdos inscribibles. La anotación pretende enervar con su presencia el juego legitimador de la publicidad registral que resulta de la presunción de validez y exactitud del contenido del Registro, y ello con anterioridad a la fecha en que una sentencia firme, de prosperar la demanda, acceda al Registro. Es la necesidad de esa prevención anticipada la que debe apreciarse en relación a dicho requisito, y que también concurre en este caso.

Por último, nada cabe objetar en lo relativo a la proporcionalidad de la medida, que debe valorarse en virtud de la referida publicidad de los acuerdos inscribibles, y su improcedencia vendría dada por el hecho de que pueda sustituirse por otra igualmente eficaz, de manera que se acaba en el recurso trastocando los parámetros en base a los cuales el requisito debe ser apreciado.

La conclusión de lo expuesto es la desestimación del recurso de apelación interpuesto, si bien sobre los fundamentos de la presente resolución, con imposición al recurrente de las costas causadas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LECiv. (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)”.

En la misma línea se pronuncia la **Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª)** en su **Auto núm. 258/2008 de 10 julio [IdCendoj: 08019370152008200266]**, en el que, además la Ilma. Sala se pronuncia además sobre la adecuación de la

medida de inscripción registral cuando los acuerdos impugnados pueden alcanzar a las relaciones de terceros con la sociedad:

“Quizás el argumento de la sociedad apelante de más enjundia es aquél que hace referencia a la finalidad de las medidas cautelares: a juicio de INDUSTRIAL GONAL HISPANIA, las medidas se orientan instrumentalmente a asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, según el artículo 728.1 de la LEC, no a proteger los derechos de los terceros en general. Ello se concreta con el hecho de que la resolución combatida haya fundado la procedencia de la anotación preventiva en la función de publicidad y transparencia para los terceros que pudieran contratar con la entidad, una vez vistas las cuentas de la misma depositadas en el Registro. Por tanto, según el recurso, la medida es improcedente, pues si la impugnación de los acuerdos sociales prospera y se declara su nulidad, se contará con una sentencia meramente declarativa de nulidad, que nadie podrá impedir que se registre en el Registro Mercantil.

Como ya expusimos en nuestro auto de 16 de marzo de 2005 (PROV 2005, 115715) (RA 642/04), al que se remite el auto de 16 de enero de 2007 (PROV 2007, 206103) (RA 569/06), ambas citadas por el auto aquí combatido, la anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales, aunque no está tipificada expresamente en el artículo 727 de la LEC , cabe admitirla al integrar el artículo 155 del RRM (RCL 1996, 2112) , que sí la contempla ("La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales adoptados por la Junta o por el Consejo de Administración se practicará cuando, previa solicitud del demandante y con audiencia de la sociedad demandada, el Juez, a su prudente arbitrio, así lo ordenare. El Juez, a instancia de la sociedad demandada, podrá supeditar la adopción de la medida a la prestación por parte del demandante de una caución adecuada a los daños y perjuicios que puedan causarse"), con el nº 6 del artículo 727 de la LEC, que incluye entre las medidas cautelares específicas a "las anotaciones registrales, en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución". De esta forma, cabe afirmar el carácter cautelar de la

anotación preventiva que se interesa, pues merced a ella se podrá enervar la buena fe de los terceros que pretendan ampararse en la protección registral y ejecutar el acto registrado, luego impugnado, lo que, si no afecta a la ejecución en sí de la sentencia que declare la nulidad, desde luego puede afectar de lleno a la misma efectividad de la declaración de nulidad, lo que sería contrario "al buen fin de la ejecución", según el mencionado artículo 727.6º".

2.2.- Pues bien, como ha quedado acreditado, en el presente caso existe un riesgo cierto de que, durante la pendencia del procedimiento, pudieran producirse movimientos por parte del accionista mayoritario tendentes a evitar que mi mandante –o cualquier tercero interesado– pueda aumentar su participación en la Sociedad o, en su caso, incrementar artificialmente el coste de dicho aumento.

En definitiva, ha quedado acreditado que existe un riesgo real de que se produzcan situaciones irreparables, que privarían de toda eficacia a la eventual tutela que se conceda en la resolución sobre el fondo.

TERCERA.- IMPORTE Y TIPO DE FIANZA.-

1.- El artículo 728.3 LEC establece que 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”, añadiendo el artículo 732.3 LEC que “en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece y con justificación del importe que se propone”. En la fijación del importe de la caución se ha de atender “a la naturaleza y contenido de la pretensión” y a “la valoración que [el Tribunal] realice [...] sobre el fundamento de la solicitud de la medida” (artículo 728.3 LEC). En cuanto se refiere a la forma de la caución, ésta podrá ser cualquiera de las previstas en el artículo 529.3 LEC, a cuyo tenor “la caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por

cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”.

2.- En cumplimiento de lo dispuesto en las normas que se acaban de transcribir, esta parte se ofrece, desde este momento, a prestar **caución** para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera ocasionar a NEWCO en el caso de que la sentencia desestimara la pretensión de mi representada.

Los caracteres de la caución que se ofrece son los siguientes:

(i) Forma: aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, emitido por una entidad de crédito.

(ii) Importe: **1.000,00.-€**.

Entiende esta parte que la caución ofrecida es más que suficiente por cuanto que las medidas interesadas no han de generar daño alguno a la Sociedad demandada. Y ello en la compensación de un crédito con un socio no afecta en nada al ejercicio de su actividad por parte de la Sociedad, que se ha de seguir desarrollando con normalidad durante la pendencia del proceso.

No obstante, mi representada se somete al mejor criterio del Juzgado, para el caso de que éste estime que el importe del aval ha de ser superior.

En virtud de lo anterior,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por formulada la anterior manifestación y, en su virtud y sin dar audiencia previa al demandado, acuerde la adopción de las medidas cautelares de: (i) suspensión cautelar del Acuerdo Primero, de ampliación de capital por compensación de créditos, adoptado en la Junta del día 27 de abril de 2020; y (ii) de anotación preventiva de la demanda en la hoja registral de la Sociedad.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, a los efectos de lo previsto en el artículo 732.2 LEC, se proponen por esta parte los siguientes medios de prueba:

- **DOCUMENTAL:** consistente en que se tengan por reproducidos en el ramo de prueba de esta parte los DOCUMENTOS N° 1 A 7, acompañados al escrito de demanda.

SUPlico AL JUZGADO: Que tenga por propuestos los anteriores medios de prueba de GREED GROUP y los admita a los efectos pertinentes.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que interesa al derecho de esta parte valerse para el acto de la vista de la prueba pericial de INFORME ECONÓMICO-FINANCIERO, a cuyo objeto se ha recabado y obtenido dictamen por escrito del economista D. ROBBINSON SANTIAGO, que contiene la fórmula de juramento atendida al artículo 335.2 LEC, el cual se presenta con la demanda como DOCUMENTO N°8, con solicitud de que se cite judicialmente al autor, a fin de que concurra al acto de vista para esclarecer su pericia y sujetarse a las preguntas aclaratorias o adicionales que deseen formular las partes o S.S.

SUPlico AL JUZGADO: Que tenga por propuestas las manifestaciones precedentes a los oportunos efectos, se digne a ordenar todo lo conducente para su práctica.

Es Justicia que se pide en Barcelona, a 11 de enero de 2021.

Nicole Pilar Santiago Murillo

SANTIAGO Y ASOCIADOS ABOGADOS, S.L.

Col. ICAM n° 72.897

Proc. Laura Murillo Martínez

Col. ICAM n° 19.570

DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN A LA PRESENTE DEMANDA

Ref.	Fecha	Documento
DOCUMENTO N° 1	01.01.2021	Escritura de Poder General para Pleitos y Especial para Otras Facultades.
DOCUMENTO N° 2	15.11.2019	<i>Due Diligence</i> de HABANERA, S.A.U.
DOCUMENTO N° 3	31.11.2019	Informe de Revisión Financiera suscrito por PUFOSA ASESORES FINANCIEROS, S.A.
DOCUMENTO N° 4	15.11.2019	<i>Letter of Intent</i> firmado por SIGAAR, S.A. y GREED GROUP, S.A.
DOCUMENTO N° 5	15.11.2019	Informe adjunto a la <i>Letter of Intent</i> realizado por la experta independiente D. ^a LAURA SANTIAGO MURILLO.
DOCUMENTO N° 6	11.03.2020 - 20.04.2020	Cruce de diversos correos electrónicos entre D. FOX BUD y D. GORDON GEKKO.
DOCUMENTO N° 7	30.11.2020	Solicitud para celebración de la Junta General de Accionistas para fecha 30 de enero de 2021
DOCUMENTO N° 8	10.01.2021	Informe de la AUDITORIA AUDITORES ROBBINSON, S.A.

SANTIAGO Y ASOCIADOS
- ABOGADOS -

GREED GROUP vs. NEWCO

14 de enero de 2021

ÍNDICE

I. OBJETO	3
II. ANTECEDENTES RELEVANTES	3
1.- HECHOS PREVIOS A LA DEMANDA DEL 11 DE ENERO DE 2021:	3
2.- HECHOS ACAECIDOS DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y SITUACIÓN ACTUAL:.....	4
III. RESUMEN EJECUTIVO	4
IV. POTENCIAL CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.....	5
1.- SI HABÍA UNA NECESIDAD RAZONABLE DE REALIZAR LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL.....	5
2.- NO EXISTE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE SIGAAR Y SUS ADMINISTRADORES Y NEWCO.....	5
V. DEFENSA FRENTE A LAS ACCIONES DE NEWCO EN UNA RECONVENCIÓN	6
1.- RESPECTO DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA:	6
2.- RESPECTO DE LA MALA FE EN LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL:	7
3.- RESPONSABILIDAD DE D. GORDON GEKKO EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DE HECHO.....	7
VI. GASTOS Y COSTAS DEL PROCEDIMIENTO.....	8
VII. CONTACTO	8

I. OBJETO

El presente informe (el “**Informe**”) tiene por objeto analizar determinadas cuestiones relativas al Procedimiento Ordinario existente entre NEWCO, S.A. (“**NEWCO**”) y GREED GROUP, S.A. (“**GREED GROUP**”) iniciado con la demanda presentada el 11/01/21 por esta última (la “**Demanda**”). El Informe analiza: **(ii)** la posible respuesta a la Demanda (la “**Contestación a la Demanda**”) y **(ii)** una posible reconvencción por parte de NEWCO y la potencial contestación a la misma por parte de GREED GROUP (la “**Reconvencción**” y la “**Contestación a la Reconvencción**” respectivamente).

El análisis se ha realizado atendiendo exclusivamente al Derecho español y la doctrina jurisprudencial emanada de los Juzgados y Tribunales españoles.

Este documento se ha elaborado de acuerdo a la información proveída por GREED GROUP, en consecuencia, está dirigida exclusivamente a ellas. En este sentido, las consideraciones jurídicas contenidas en la misma no podrán ser trasladadas automáticamente a supuestos similares. En tal sentido, en el supuesto de pretender aplicar sus soluciones en otro contexto, se debería plantear, en su caso, consulta específica.

Esta nota no podrá ser objeto de cesión, divulgación o comunicación total o parcial de su contenido o de sus conclusiones. En otro caso, se requerirá autorización expresa por parte de santiago y asociados.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- HECHOS PREVIOS A LA DEMANDA DEL 11 DE ENERO DE 2021:

Para evitar reiteraciones innecesarias no remitimos a los APARTADOS 1 Y 2 de los ANTECEDENTES Y PRESUNCIONES expuestos en el INFORME de fecha 4 de enero de 2021 (el “**Informe Previo**”).

2.- HECHOS ACAECIDOS DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y SITUACIÓN ACTUAL:

Al objeto de elaborar el presente Informe, hemos de tener en cuenta los siguientes hechos:

- En fecha 11/01/21 GREED GROUP presenta Demanda de Juicio Ordinario en ejercicio de la Acción de Impugnación de Acuerdos Sociales.
- Actualmente, estamos a la espera de la admisión a trámite de la demanda por parte del Letrado de la Administración de Justicia por medio de Decreto¹ en el que se debería admitir y dar traslado a NEWCO para que la conteste en el plazo de veinte días conforme al artículo 404 LEC.

III. RESUMEN EJECUTIVO

1.- A continuación, se resumen las conclusiones que se desprenden de los antecedentes recogidos en la sección II anterior, en vista del análisis jurídico que se expone en los apartados siguientes:

- I. La Demanda de GREED GROUP contra NEWCO será previsiblemente admitida a trámite sin dilaciones por no adolecer, *a priori*, de defectos formales.
- II. Entendemos que NEWCO se negará a admitir los hechos aducidos en la Demanda y defenderá una posición contraria. No obstante, aunque altamente improbable, NEWCO podría allanarse a las pretensiones de GREED GROUP.
- III. Asimismo, junto a la Contestación a la Demanda, podrá NEWCO, del mismo modo, demandar a la parte actora, esto es, redactará una demanda

¹ De acuerdo con nuestra experiencia, el Letrado de la Administración de Justicia dictará Decreto de Admisión a Trámite en unos 30 días después de su presentación en el Juzgado. No obstante, hemos de tener en cuenta la tramitación de todos los procedimientos ha sufrido un retraso considerable como consecuencia de la crisis de la COVID-19, por lo que puede dilatarse el plazo.

contra GREED GROUP dentro del procedimiento ya incoado. No obstante, el riesgo de estimación de una eventual reconvencción por parte de NEWCO es muy limitado.

2.- Por último, recordamos que, en cuanto a la negligente gestión de la Sociedad por parte de su administrador único y los daños que dicha gestión ha ocasionado a la Sociedad cuya responsabilidad tendrá que ser ventilada en otro procedimiento, sin perjuicio de que pudiese acumularse al de presente, estamos a la espera de la celebración de la Junta de Accionistas del 30 de enero de 2021 en la que se votará la interposición de la acción social de responsabilidad de los administradores.

IV. POTENCIAL CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1.- SI HABÍA UNA NECESIDAD RAZONABLE DE REALIZAR LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL

Hemos de tener en cuenta que, eventualmente, podría alegarse que la situación de crisis que actualmente sufre el mercado tabaquero, era previsible, por lo que, para evitar incurrir en resultados negativos en relación con la contabilidad, era preciso llevar a cabo la ampliación de capital por compensación de créditos.

No obstante, y como previsiblemente argumentaría, sería imposible saber de la verdadera necesidad de adoptar - o no - la ampliación de capital en tanto que el ejercicio económico apenas había comenzado. Es por ello, que como recomendamos en nuestro Informe Previo, es elemental respaldar las alegaciones de GREED GROUP en un buen informe pericial, el cual ya fue realizado por AUDITORIA AUDITORES ROBBINSON, S.A.

2.- NO EXISTE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE SIGAAR Y SUS ADMINISTRADORES Y NEWCO.

Como ya dejamos entrever en el Informe Previo, cierto sector de la doctrina, considera que el deber de abstención en las votaciones es desproporcionado en algunas ocasiones, por lo que debería ser interpretado restrictivamente.

Destacamos en este punto que se invierte la carga de la alegación y prueba de la conformidad del acuerdo correspondiente con el interés social, es decir, corresponderá a la sociedad y al socio incurso en el conflicto de interés demostrar que el acuerdo adoptado con su voto decisivo no es contrario al interés social.

Además, en palabras de ALFARO, JESÚS, en su publicación de Almacén de Derecho “EL DEBER DE ABSTENCIÓN DEL SOCIO EN CASO DE CONFLICTO DE INTERESES (ART. 190 LSC)”, *si el socio es “juez en su propia causa”, esto es, el contenido del acuerdo se refiere o afecta a sus derechos y obligaciones como socio, tiene que abstenerse en los términos del artículo 190.1 LSC.*

V. DEFENSA FRENTE A LAS ACCIONES DE NEWCO EN UNA RECONVENCIÓN

1.- RESPECTO DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA:

En primer, hemos de tener en cuenta la cláusula de sumisión a los Juzgados y Tribunales de Valencia. NEWCO, puede llegar a invocar esta cláusula con el fin de alargar el procedimiento puesto que, a priori, no tiene fundamento en tanto que NEWCO no formó parte de referidos acuerdos, es decir, no firmó los contratos cuyas cláusulas de sumisión pretende invocar.

Por otro lado, debemos recalcar que esta sumisión se refiere a los asuntos que emanen de los conflictos y litigios consecuencia de los contratos firmados en fecha 20 de diciembre de 2019. No se trata, pues, de contingencias relacionadas con el posterior funcionamiento de la Newco, tal y como son las decisiones que se toman en la Junta General Extraordinaria de 27 de abril de 2020.

Así, teniendo en cuenta que el Acuerdo se adoptó en una Junta de Accionistas en relación a un préstamo que, incluso, se obtuvo con posterioridad dichos contratos, la impugnación no se encuentra sometida a ningún Juzgado o Tribunal. De este modo, no podrían alegar falta de competencia del Juzgado sobre una base jurídica sólida.

A mayor abundamiento, de acuerdo con el artículo 55 LEC “*Se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados **designando con precisión** la circunscripción a cuyos*

tribunales se sometieren.”. De modo que, el hecho de que se sometan a “*los Juzgados y Tribunales de Valencia*” no puede considerarse lo suficientemente preciso al haber alrededor de cincuenta Juzgados de Primera Instancia en Valencia², siendo por tanto competentes los Juzgados del domicilio social del demandado.

2.- RESPECTO DE LA MALA FE EN LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL:

Si bien es habitual que una de las líneas de defensa del socio mayoritario, en demandas de impugnación de acuerdos sociales, sea la mala fe del minoritario, hemos de tener en cuenta, en este punto, que la mala fe de los socios que impugnan *ociosamente* ha de probarse, pues la buena fe se presume. En consecuencia, no se puede dar por hecho que todos los socios, por el mero hecho de ser minoritarios, van a utilizar este mecanismo de manera oportunista.

De este modo, NEWCO no puede únicamente alegar referida mala fe – en cualquier caso, inexistente por parte de GREED GROUP – sino que deberá probar la misma. Además, es evidente que GREED GROUP siempre ha apostado por tener una buena relación en el seno de la Sociedad, incluso apostando por introducir a NEWCO en la red de contactos que tenía D. GORDON GEKKO.

3.- RESPONSABILIDAD DE D. GORDON GEKKO EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DE HECHO.

Es cierto que D. GORDON GEKKO se había venido encargando de la gestión diaria de NEWCO, pero de ninguna manera puede hacerse responsable del mal funcionamiento de la Sociedad. Como ya hemos mencionado, el poder de administración siempre ha estado en manos de SIGAAR, por lo que serán los administradores nombrados por esta a quienes habría que exigir la responsabilidad.

² De acuerdo con el Directorio de Órganos Judiciales de la página web del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es>

Más concretamente, D. GORDON GEKKO venía a desempeñar el cargo comúnmente conocido como Director General o CEO. Además, desde el inicio se le encargó la tarea por su red de contactos, de la que SI se ha estado aprovechando NEWCO.

VI. GASTOS Y COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

Los gastos relativos a la Contestación a la Reconvención son los estimados en el Informe Previo, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

VII. CONTACTO

Este es el informe que bajo el leal saber y entender realiza el letrado que suscribe y que somete su contenido a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, en Madrid, a enero de 2021.

En caso de cualquier duda relativa al contenido del presente Informe, pueden contactar con Nicole Pilar Santiago Murillo (nsantiago@santiagoyasociados.com // +34 915 988 804 // +34 673 724 977), de Santiago y Asociados Abogados, S.L.

Nicole-Pilar Santiago Murillo

SANTIAGO Y ASOCIADOS ABOGADOS, S.L.

