

SAP Madrid 10 mayo 2010

(= sociedad regida por el Derecho inglés)

Cuestiones:

1º) ¿Cómo determina el sentenciador la Ley que rige la sociedad?

2º) ¿Qué cuestiones regula la Lex Societatis y qué papel desarrolla el art. 9.11 CC en este caso?

FUNDAMENTOS de DERECHO

PRIMERO En la demanda originadora de la presente litis los demandantes, en su condición de accionistas de Amikon Investment Limited (en lo sucesivo, Amikon), se dirigen contra los administradores de dicha sociedad (D^aCarina , D^aGabriela , D.Faustino y D.Jenaro), contra su socio mayoritario (en realidad, socio minoritario principal), AGEPASA, y contra el socio único (D.Bernardo) y los administradores de esta última entidad (además de los ya señalados como administradores de Amikon Investment Limited, D.Bernardo y D^aMarí Trini). Contra los administradores de Amikon se ejercita la acción individual de responsabilidad de los artículos 133 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aunque también se cita como fundamento de la reclamación deducida contra aquellos el artículo 262.5 del mismo cuerpo legal). La reclamación contra AGEPASA se basa en la condición que se le atribuye de administradora de hecho de Amikon y también por considerar que en su actuación como socio minoritario principal ha incurrido en abuso de derecho, haciéndose extensivos los pedimentos formulados contra dicha mercantil a sus administradores. Las cantidades que son objeto de reclamación corresponden al perjuicio generado por la falta de ejecución del acuerdo de disolución de Amikon que se dice adoptado con fecha 6 de noviembre de 2001.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, básicamente por considerar que el presupuesto básico para la prosperabilidad de las reclamaciones deducidas, a saber, la existencia de acuerdo de disolución de Amikon con arreglo a lo establecido por las leyes del Reino Unido no había resultado acreditado.

El recurso de apelación se construye sobre los siguientes fundamentos:

(i) Partiendo de ciertas aseveraciones vertidas por la Audiencia Provincial en la fundamentación jurídica del auto de fecha 29 de diciembre de 2005 (obrante al folio 1062), por el que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el dictado por el tribunal de la primera instancia estimando la declinatoria de jurisdicción propuesta por la parte aquí apelada al considerar que el conocimiento del asunto correspondía a los tribunales del Reino Unido, aducen los apelantes que la resolución recurrida ignora el efecto de cosa

juzgada de dicha resolución y "el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales", al volver a examinar la cuestión relativa a la existencia del acuerdo de disolución e ignorar que el objeto del proceso quedó acotado, por mor del auto de la Audiencia Provincial, al examen de la procedencia de las acciones de responsabilidad ejercitadas contra los demandados, resultando excluido del mismo (a modo de hecho sobre el que no cabe debate) la materia atinente a la existencia del acuerdo en cuestión. Los pasajes del auto dictado por la Audiencia Provincial que la parte apelante reseña en el escrito del recurso son, en concreto, dos, en los que se alude a que el acuerdo de disolución "en momento alguno se ha cuestionado" (en el fundamento jurídico segundo) y que "el acuerdo de disolución está plenamente aceptado" (en el fundamento jurídico cuarto).

(ii) Completan los apelantes su discurso impugnatorio señalando que la falta de acreditación del derecho extranjero a quien debe perjudicar es a la parte contraria, que es quien esgrime la aplicación del mismo como argumento de su defensa. En todo caso, los apelantes circunscriben la posible operatividad del alegato de la parte contraria a la cuestión atinente al régimen de responsabilidad que en la demanda se activa contra los demandados, pues, aún cuando en el escrito de contestación también se trae a colación esta materia para mantener que no hubo acuerdo disolutorio, entienden que la eficacia de cosa juzgada del auto dictado por la Audiencia Provincial al que antes se hizo referencia determina la improcedencia del alegato en este punto. La falta de prueba del derecho extranjero aplicable, concluyen los apelantes, ha de resultar en la aplicación del régimen previsto en la normativa española, en la que, entienden, encuentran respaldo sus pretensiones.

SEGUNDO No hacen falta alardes para desmontar la primera de las líneas argumentales de la parte apelante: al auto de la Audiencia Provincial que los apelantes esgrimen en su defensa no cabe atribuir otro efecto vinculante que el que se predica de lo efectivamente decidido en el mismo, esto es, que el conocimiento del asunto corresponde a los tribunales civiles españoles, nada más. A mayor abundamiento, el discurso impugnatorio se construye sobre una lectura parcial e interesada de la resolución de referencia. En efecto, las alusiones en dicho auto a que el pretendido acuerdo de disolución sobre el que los apelantes construyen su reclamación "no ha sido cuestionado" o "está aceptado", se hacen a los solos efectos de identificar apropiadamente las acciones ejercitadas en la demanda, como base para resolver sobre la falta o no de competencia de los tribunales españoles (que era la cuestión sometida a decisión), dejando claro que en el escrito iniciador del procedimiento no se cuestiona en modo alguno el pretendido acuerdo, como factor que, de concurrir, tendría un impacto evidente en la resolución de la declinatoria. A este respecto, resulta de claridad meridiana el fundamento jurídico cuarto del auto cuando señala: ".el cúmulo de acciones que se ejercitan son, como expresamente se señala, de responsabilidad . como consecuencia de no llevar a la práctica mencionado (sic.) acuerdo de disolución, acuerdo que, en momento alguno se cuestiona. Por tanto no nos hallamos ante acciones que traten de poner en tela de juicio la validez, nulidad o disolución de la sociedad AMIKON, ni tampoco se pone en entredicho la validez de las decisiones de sus órganos, pues, como se ha dicho, el acuerdo de disolución está plenamente aceptado, cuando precisamente es la falta de cumplimiento del mismo, lo que

da lugar a las acciones de responsabilidad aquí ejercitadas, acciones que han de considerarse fuera del ámbito de las competencias exclusivas relacionadas con la sociedad AMIKON." (el enfatizado es nuestro).

TERCERO Negado por los demandados el hecho sobre el que los promotores del expediente montaron su reclamación, esto es, el acuerdo de disolver Amikon, de cuya falta de ejecución traen causa las reclamaciones deducidas en la demanda, sobre los últimos pesaba la carga de su acreditación. Dicha exigencia probatoria comprende la concurrencia de los requisitos requeridos para un acuerdo de ese tipo por la legislación del Reino Unido. La extensión de la carga probatoria a dicho extremo se desprende del hecho mismo de que se atribuya la cualidad de acuerdo de disolución a un acuerdo adoptado por el Board of Directors, lo que choca frontalmente con el ordenamiento jurídico español, en el que un acuerdo de ese corte sólo puede ser adoptado por la junta general de socios, por lo que la afirmación de que nos encontramos ante un acuerdo de disolución únicamente cobra sentido si se entiende que el acuerdo es calificable como tal con arreglo a la *lex societatis* (la cual rige, como resulta del artículo 9.11 del Código Civil, todo lo atinente a la disolución y extinción de la persona jurídica). Que la ley británica constituye la *lex societatis* parece claro, habida cuenta que nos encontramos ante una sociedad constituida con arreglo a dicha ley, inscrita en el Registro de Sociedades de Inglaterra y Gales y domiciliada en Londres.

Pues bien, los demandantes y ahora apelantes no han satisfecho dicha exigencia probatoria. Aún más, ni siquiera el acto decisorio que se señala como integrante del acuerdo de disolución puede ser considerado como tal, abstracción hecha de si en el mismo concurren o no los requisitos exigidos por la *lex societatis*. En efecto, según la tesis de los demandantes el acuerdo en cuestión se habría adoptado en la reunión del Board of Directors de Amikon que tuvo lugar en Madrid el 6 de noviembre de 2001, aportándose en acreditación de este extremo una pretendida "acta" en la que se recogen los acuerdos tomados. Dejando a un lado que no se trata de una verdadera acta, sino de un "resumen de las resoluciones aprobadas en la reunión" (así resulta de la traducción del documento al que se incorpora como anexo), lo que el mismo refleja, en relación con el tema que nos ocupa, es tan solo el acuerdo de convocar una reunión general en Madrid, el 10 de diciembre de 2001, y de incluir en el orden del día "el diálogo sobre una valoración experta de las acciones de la empresa y el sondeo informal del punto de vista e los accionistas acerca de: (i) la recompra de acciones del capital social para aquellos accionistas que deseen "salir" de su inversión en la empresa; o (ii) liquidación voluntaria de la empresa por los consejeros", lo cual no puede ser interpretado, por muy laxo que sea el criterio que se adopte, como manifestación actual de la decisión de disolver la sociedad.

De cuanto antecede debemos necesariamente concluir que el hecho básico en el que, de forma expresa y reiterada, los apelantes fundan sus pretensiones, esto es, el acuerdo de disolver Amikon adoptado con fecha 6 de noviembre de 2001, no ha resultado acreditado, lo que conduce ineludiblemente al rechazo de aquellas y, por ende, del presente recurso.

CUARTO La desestimación del recurso comporta, de conformidad con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas

ocasionadas por el mismo a la parte apelante.
Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^aCoral , D.Remigio , D^aJoaquina , D.Jose Enrique , D.Abel , D^aSabina , D.Casiano , D^aAlicia , SANPAZ, S.L., D.Federico , D.Jacinto , D^aEnriqueta , D.Olegario , D.Urbano , JAMINILUCAR, S.A., INVERSIONES FINANCIERAS NUEVO MILENIO, S.L., DOS VUELTAS ASOCIADOS, S.L., INTERNATIONAL EQUITY LIMITED, D.Juan Ignacio , PLANBASE INVESTMENT LIMITED, NUEVA INVERSIONES OBANOS, S.L., y D^aNatividad contra lasentencia dictada el 4 de marzo de 2009 por el Juzgado...

- - - -