



Impugnación de acuerdos

Medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales



Redacción

En breve

Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales son fundamentalmente dos: la anotación preventiva de demanda y la suspensión del acuerdo impugnado. Éstas, en cuanto medidas cautelares que son, participan de las características comunes que para las mismas señala la LEC 1/2000 y a sus disposiciones generales hay que remitirse continuamente, máxime cuando la disposición derogatoria única 2.2º de la vigente Ley procesal ha derogado los arts. 120 y 121 de la LSA de 1989 que es donde quedaban reguladas básicamente estas dos medidas para el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Por su parte, la disposición final tercera del mismo texto legal modifica el artículo 118 del TRLSA estableciendo textualmente lo siguiente: *“Para la impugnación de acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. No caben dudas, por consiguiente, acerca del trámite procesal a seguir cuando de este tipo de reclamaciones judiciales se trate, ni del marco en que las medidas anunciadas pueden decretarse.

1 REFERENCIA AL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por las Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles se sustanciarán por los trámites del Juicio ordinario tal y como determina el art. 249.1.3º de la vigente

LEC. Concretamente, el ámbito básico de este procedimiento será la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, e igualmente los de las sociedades cooperativas¹.

Dicho esto, quizás lo primero que convenga precisar en orden a su naturaleza jurídica y desde una óptica esencialmente procesal es que **nos encontramos ante un juicio ordinario que sigue los trámites que marca la LEC, si bien**

1. Cabe también por esta vía la impugnación de los acuerdos de las sociedades laborales y de la Junta General y del Consejo de Administración de las sociedades de garantía recíproca.

puede mantenerse que presenta alguna peculiaridad que otra precisamente por la materia sobre la que versa, y que se encuentra justificada por la importancia que tienen este tipo de demandas dado el bien jurídico protegido y la trascendencia económica y social que pueden tener en su día las sentencias que recaigan sobre las acciones ejercitadas en estas controversias.

En cualquier caso, y al margen de su naturaleza jurídica, vaya por delante que una de las características que definen este tipo de proceso es su objeto, un **objeto procesal** que entronca directamente con los **acuerdos sociales adoptados por los órganos deliberantes y de gobierno, que, por su causa o contenido, resulten constitutivos de anulación o declarativos de nulidad y no hayan sido convalidados**. Dicho de otra forma, lo que se hace a través de este procedimiento es impugnar tales acuerdos sociales porque se entiende que son nulos o anulables.

2 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

A. Consideraciones generales en torno a la anotación preventiva de demanda

La anotación preventiva de demanda está “tipificada” como medida cautelar en el **nº 5 del art. 727 de la LEC**, y se puede adoptar como tal cuando ésta se refiere a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos. Así lo confirma además el **Auto de la AP de Las Palmas nº 205/2003, de 1 de diciembre** al desestimar la petición de una anotación preventiva de demanda porque la acción ejercitada lo era de carácter personal en reclamación de cantidad *siendo sabido que la anotación de demanda únicamente procede en los casos en que el objeto de la pretensión (real, por tanto) sean bienes o dere-*

Sumario

1. Referencia al proceso de impugnación de acuerdos sociales
2. Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales
A. Consideraciones generales en torno a la anotación preventiva de demanda
B. Consideraciones procesales en torno a la anotación preventiva de demanda
C. Consideraciones generales en torno a la suspensión del acuerdo impugnado
D. Consideraciones procesales en torno a la suspensión de acuerdo impugnado
Modelos:
- Anotación preventiva de demanda por otrosí
- Suspensión de acuerdos impugnados de la Junta General de una Sociedad Anónima
- Escrito pidiendo la prórroga de la anotación preventiva de demanda

>>> **La anotación preventiva de demanda únicamente procede en los casos en que el objeto de la pretensión (real, por tanto) sean bienes o derechos susceptibles de inscripción registral** <<<

chos susceptibles de inscripción registral.

Cuando hablamos de anotación preventiva nos encontramos ante una **medida cautelar que pretende aprovechar la publicidad que los registros públicos ofrecen para advertir a los terceros que existe un litigio sobre un bien o derecho registrado y que, en consecuencia, deberán estar y pasar por lo que en ese proceso suceda**. Sirve de un lado, para informar a los terceros de la existencia de un litigio sobre bien inscrito (o sobre una situación registral inscrita); de otro, para mantener mientras dura el proceso, el status quo registral existente en el momento en que se presen-

ta la demanda: como regla, las inscripciones realizadas con posterioridad a la de la anotación preventiva no serán obstáculo para la ejecución de lo que en la sentencia se ordene.

Pero, **trasladando esta perspectiva conceptual a las demandas de impugnación de acuerdos sociales**, no podemos por menos que advertir que la anotación preventiva es un asiento en el **Registro Mercantil, de eficacia temporal limitada a la duración del procedimiento judicial que tiende a garantizar el ejercicio de una acción y a evitar la inutilidad del fallo, haciendo posible su ejecución**. Su finalidad estriba en preordenar determinados efectos de la

cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores al de la anotación preventiva, estando dirigida, fundamentalmente a enervar la eficacia de la fe pública y alegar su exclusión a los efectos materiales de la cosa juzgada.

Tradicionalmente, en el ámbito que nos ocupa, **se ha considerado medida de menor trascendencia en el campo societario que la suspensión del acuerdo impugnado**. Dicho menor interés, dice RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, es en cierto modo lógico pues nos encontramos ante medida de índole eminentemente

registral, mientras que la suspensión presenta aspectos más evidentes de desarrollo sustantivo y procesal. Y en este sentido ya se pronunció el **Auto de la AP de Lleida de 20 de abril de 1998** al concluir que *las medidas cautelares de suspensión del acuerdo de impugnación y de anotación preventiva de la demanda de impugnación, son dos medidas cautelares independientes, susceptibles de adopción acumulada o separada, teniendo carácter más gravoso para la sociedad la primera de ellas*.

Concretamente, con la anotación preventiva de la demanda de impug-

nación del acuerdo en cuestión **se busca advertir a los interesados que se ha adoptado un acuerdo societario que no es definitivo por la sencilla razón de que ha sido impugnado judicialmente, pretendiendo la declaración de su nulidad o anulabilidad**. Ahora bien, los autores suelen preguntarse si cabe la anotación preventiva solo de la demanda de impugnación, o también de otras resoluciones. En este punto, existen las dos tendencias argumentativas. De un lado, la que negaba tal posibilidad considerando que no caben más supuestos susceptibles de anotación preventiva que los contemplados expresamen-

>>> JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

Objeto de la anotación preventiva de demanda

- **Auto AP de Burgos nº 434/2003, de 16 de octubre:** todas aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración registral pueden ser objeto de anotación preventiva. **Auto de la AP de Las Palmas nº 205/2003, de 1 de diciembre:** *la anotación de demanda únicamente procede en los casos en que el objeto de la pretensión (real, por tanto) sean bienes o derechos susceptibles de inscripción registral.*

Finalidad de la anotación preventiva de la demanda

- **Auto de la AP de Barcelona nº 1294/2003, de 4 de diciembre:** *tiende a dar a conocer a los terceros una eventual modificación de la situación jurídica en que se encuentran los objetos registrados como consecuencia de la estimación de la demanda.* Y además, **Auto de la AP de Valencia nº 170/2002, de 16 de julio,** puede ser adoptada en todo tipo de procesos cuando se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos. Dicha medida tiene un contenido netamente procesal y por ello vinculada al objeto del proceso en el que se adopta, buscando extender el alcance de la eficacia subjetiva de la sentencia con el fin de asegurar la ejecución.

Sobre la independencia de las dos medidas (anotación y suspensión)

- **Auto de la AP de Lleida de 20 de abril de 1998** al concluir que *las medidas cautelares de suspensión del acuerdo de impugnación y de anotación preventiva de la demanda de impugnación, son dos medidas cautelares independientes, susceptibles de adopción acumulada o separada, teniendo carácter más gravoso para la sociedad la primera de ellas.*

Denegación anotación preventiva de una demanda de acción social de responsabilidad de los administradores

- Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 1999.

Presupuestos para la adopción de una medida cautelar

- Auto de la AP de Burgos nº 505/2003, de 13 de octubre.

te en la ley, lo que es consecuencia del principio de *numerus clausus* que rige el Registro Mercantil y que sustentó la **Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 1999**, al denegar la anotación preventiva de una demanda de acción social de responsabilidad de los administradores, y de otro, la que puede decirse es la tendencia más actual y que considera que **la demanda de impugnación no constituye, en el ámbito societario, el único objeto de la medida cautelar de la anotación preventiva, estimándose la posibilidad, con carácter complementario e idéntica finalidad, de interesar también la anotación preventiva de otras resoluciones que afecten al derecho subjetivo**

de impugnación, como podría serlo la solicitud de la anotación preventiva del auto que ordene la suspensión del acuerdo.

Si no varía sustancialmente el concepto de anotación preventiva como medida cautelar que es respecto a todas las demás en base a los asentado en la LEC, lo mismo podemos decir de su fundamento y finalidad. Simplemente, afirmar, siguiendo a CALAZA LOPEZ que *el derecho a la medida cautelar es un puro derecho procesal, pues sólo la necesidad de emplear tiempo en la actuación de la justicia es lo que permite pedir al Estado, frente a la sociedad demandada, el aseguramiento de la plena efectividad de la sentencia,*

habida cuenta que su fundamento procesal o, incluso, constitucional reside, precisamente en la necesidad de que el transcurso del tiempo no sea un factor perjudicial para quien ejercita la pretensión, en la materia que nos ocupa, de la nulidad o, en su caso, de la anulabilidad de los acuerdos sociales. Dicho de otro modo, su finalidad es la de evitar los perjuicios derivados de la larga duración del proceso y en especial la enervación de la buena fe de los terceros que contraten con la sociedad en ejecución de los acuerdos impugnados.

Tampoco difieren sus **características esenciales** de las de las medidas cautelares en general. Por

- **Auto de la AP de Barcelona nº 248/2003, de 16 de diciembre:** *no es exigible en sede cautelar una plena acreditación y consiguiente declaración jurídica de la bondad del derecho que se alega sino que basta con que se realice un juicio de probabilidad o verosimilitud de aquel en que la demandante ampara su reclamación.*
- **Auto de la AP de Almería nº 21/2004, de 13 de febrero,** recuerda que si bien es cierto que el art. 732.3 establece que en el escrito de petición de medidas cautelares deberá ofrecerse la prestación de caución, sin embargo, se trata de un requisito subsanable, siendo lo decisivo que no podrá adoptarse la medida sin la previa prestación de la caución finalmente acordada por el órgano judicial, como dispone el art. 737 en relación con el 728.3.
- **Auto de la AP de Barcelona nº 35/2004, de 12 de marzo,** declara la efectiva modificación al alza de la caución que se prestó justificada por una alteración en las circunstancias provocada por la excesiva tramitación morosa de los autos.
- Resalta y define los tres presupuestos en un caso en que se solicitó la medida cautelar de suspensión del nuevo sistema de administración acordado, el **Auto de la AP de Tarragona nº 94/2004, de 10 de marzo,** negando la medida solicitada en base a la inexistencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. También en el mismo sentido, el **Auto de la AP de Málaga nº 225/2002, de 7 de octubre. SAP de Navarra nº 206/1999,** denegando la solicitud de suspensión y **Auto de la AP de Valencia nº 63/2003, de 31 de marzo.**

Motivación de la decisión

- **Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife nº 149/2003, de 1 de diciembre:** *la motivación exigible no implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión, independientemente de su brevedad o concisión, e incluso en supuestos de remisión.*

Sin previa audiencia del demandado

- **Auto del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, nº 10/2003, de 1 de diciembre:** aunque como regla general la adopción de una medida cautelar requiere la previa audiencia de la parte demandada, se admite que excepcionalmente, pueda acordarse sin dicha audiencia, cuando concurren razones de urgencia o cuando la audiencia previa pudiera comprometer el buen fin de la medida, razonando por separado, como se está haciendo en este momento, la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida, y los motivos para prescindir de la audiencia previa del demandado.

>>> **La anotación preventiva pretende aprovechar la publicidad que los registros públicos ofrecen para advertir a los terceros que existe un litigio sobre un bien o derecho registrado y que, en consecuencia, deberán estar y pasar por lo que en ese proceso suceda <<<**

tanto, una vez más hay que hablar de instrumentalidad, temporalidad, homogeneidad, y jurisdiccionalidad. Asimismo, estas notas características las presentan la suspensión de acuerdos impugnados y se definen brevemente del modo que sigue:

- La **instrumentalidad** implica que la anotación preventiva está condicionada a la existencia y duración de un procedimiento. Por ello no puede solicitarse sino iniciado el procedimiento de impugnación y su extinción se producirá con la del mismo.
- La **temporalidad** es una consecuencia inmediata de la anterior puesto que la anotación preventiva de la demanda no puede subsistir eternamente, sino que concluido el procedimiento se cancelará la anotación. Efectivamente, se trata de una medida con una **duración inicial temporal muy específica** pues el art. 86 de la Ley Hipotecaria establece que las anotaciones preventivas,

cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tenga señalado en la ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, **podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más,** siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de la prórroga. Podrán practicarse **sucesivas y ulteriores prórrogas** en los mismos términos.

Asimismo, en cuanto a la nota de la homogeneidad, dice GIMENO SENDRA que es claro que no se trata de ninguna medida ejecutiva sino que tiende a preordenar efectos indirectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores a la anotación preventiva.

Por último, es evidente la nota de la jurisdiccionalidad pues **es y debe ser el Juez el que acuerde la anotación preventiva.** Eso sí, éste no actuará de oficio, sino que **mediará petición de parte, y una vez decretada, el Registro Mercantil, sin entrar en el fondo del asunto, se limitará a verificar la inscripción del mandamiento de anotación.**

B. Consideraciones procesales en torno a la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales

No existe especialidad respecto de la **capacidad de las partes** para solicitar las medidas en relación al proceso declarativo, de manera que **quien tenga capacidad para acceder a éste, la tendrá también para solicitar la tutela cautelar.** Tampoco existe especialidad en **materia de legitimación**, debiendo considerar como legitimados activos al demandante o futuro demandante del proceso declarativo o al demandante reconvenicional.

Lo anterior es completamente lógico pues de no ser así, existiría una divergencia entre quien puede demandar y quien puede solicitar la tutela cautelar, lo que no tendría sentido desde el punto de vista del derecho subjetivo sobre el que tiene



que decidir el juez ni sobre la apariencia de derecho que justificaría la eventual adopción de la medida cautelar. En consecuencia, puede decirse que tienen **legitimación activa para solicitar la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, los socios o accionistas, los administradores y los terceros**. Asimismo, **tratándose de demandas en solicitud de mera anulabilidad de un acuerdo, la legitimación para solicitar esta medida la tienen los administradores y los socios o accionistas que hayan asistido a la Junta y hayan dejado constancia en el acta de su oposición al acuerdo impugnado, los ausentes y los que hubiesen sido privados ilegítimamente de su derecho de voto**. Todo en consonancia con lo dispuesto en los arts. 117.2º del TRLSA y 31.4º de la Ley de Cooperativas.

En lo que respecta a la **legitimación pasiva**, la petición deberá formularse frente a la sociedad que hubiere adoptado dichos acuerdos.

En materia de **competencia**, conforme al **art. 723.1º de la LEC**, que la establece para todas las medidas cautelares en general, hay que determinar que la tiene el mismo juez de Primera Instancia que esté conociendo de la demanda principal (competencia **objetiva**), y, a su vez, debe conocer de ésta el del domicilio social (competencia **territorial**) de la sociedad demandada.

El **procedimiento** para solicitar la anotación preventiva lo iniciará bajo su responsabilidad, todo actor principal o reconvenional, quien podrá solicitar la tutela cautelar en un intento por buscar la seguridad de la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Así se desprende de lo manifestado en el art. 721 de la LEC. **Tratándose de una anotación preventiva de demanda, la solicitud debe tener lugar una vez presentada ésta y por consiguiente comenzado el proceso de impugnación de acuerdos sociales, pues sin**

demanda que anotar, la medida cautelar no tendría sentido ni objeto. En cuanto a la cuestión de si esa solicitud debe ir firmada por abogado y procurador, lo cual es tanto como clarificar **su régimen de postulación**, tampoco hay particularidades en este punto, pues manteniendo que no es posible verificar la solicitud con anterioridad a la demanda, es necesaria la intervención de estos dos profesionales del Derecho.

De otro lado, la solicitud **debe presentarse por escrito y expresar con claridad y precisión lo que se pide, justificando la concurrencia de los presupuestos** que habilitan al juez para la adopción de la medida cautelar. Estos presupuestos son los mismos que refleja el art. 728 de la LEC de 2000 y que se examinaban anteriormente, tales como el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la caución. En lo que toca al **peligro de mora (*periculum in mora*)**, reseñar que en la anterior legislación societaria no era necesario acreditarlo, sino que estaba sometido a la absoluta discrecionalidad del juez. **Con la nueva LEC, sin embargo, este presupuesto se somete a la exigencia de justificación que no de prueba**, en términos del art. 728. Y situándose más allá, GARCIA LUENGO y SOTO VAZQUEZ parten de una presunción a favor de la existencia de un cierto *periculum in mora* derivado de la pendencia de los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales, de la que se puede extraer la no necesidad de acreditación de dicho peligro para cada caso concreto en que se solicite la anotación preventiva de demanda.

En cualquier caso, entiendo que **como una cosa es la necesidad de prueba tal y como la entendemos en nuestro derecho, y otra bien distinta, la simple justificación de**

la que habla la LEC cuando se refiere a este asunto, no podemos obviar este mínimo presupuesto máxime cuando lo exige de forma expresa la propia ley procesal. Por consiguiente, una cierta justificación nunca está de más.

En lo que respecta a la **apariencia de derecho o *fumus boni iuris***, de nuevo nos encontramos con la necesidad de tener que resolver si se exige o no su justificación. Tampoco en la anterior legislación societaria tenía lugar dicha exigencia. En la actualidad, una vez más, por remisión expresa a la normativa procesal, y en particular a lo dispuesto en el art. 728, debería concluirse que **sí hay que justificar, aun mínimamente, esa apariencia, que el elemento “estrella” para hacerlo es el documental y que en su defecto puede hacerse en base a otros medios reconocidos en derecho**. Eso sí, se reitera por la doctrina que la exigibilidad no debe llevar al solicitante de la anotación preventiva a aportar todo el material de que dispone en ese momento inicial pues la eventual duplicación de la instrucción, generada por la innecesaria aportación anticipada de todo el material acumulado para resolver sobre el objeto del proceso frustraría, de manera decisiva, la finalidad primordial encomendada a la medida cautelar. Pero en este debate existen, efectivamente posiciones claramente enfrentadas porque frente a quienes sostienen que sí es necesaria una mínima argumentación o justificación (también en este posicionamiento se sitúa GIMENO SENDRA), se colocan en el extremo opuesto, los autores que apelando a la menor importancia de la anotación preventiva de demanda afirman que debe ser el juez el que según su prudente arbitrio la considere como existente, sin documento alguno.

>>> **Tienen legitimación activa para solicitar la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, los socios o accionistas, los administradores y los terceros** <<<

En cualquier caso, manteniendo una posición claramente ecléctica, el **Auto de la AP de Barcelona nº 248/2003, de 16 de diciembre**, confirma textualmente que *no es exigible en sede cautelar una plena acreditación y consiguiente declaración jurídica de la bondad del derecho que se alega sino que basta con que se realice un juicio de probabilidad o verosimilitud de aquel en que la demandante ampara su reclamación.*

Finalmente, en relación con la **caución**, volvemos a remitirnos a lo señalado en el art. 728.3º de la LEC del que resulta que la **finalidad esencial** de la misma no es otra que la de **responder frente a los posibles daños y perjuicios que puedan irrogarse al sujeto pasivo de la medida cautelar (sociedad demandada) y que puede prestarse de cualquiera de los modos previstos en el también citado art. 529 de la ley procesal.** Precisamente, en este punto y en un asunto en que la medida solicitada fue la anotación preventiva de una demanda, el **Auto de la AP de Almería nº 21/2004, de 13 de febrero**, recuerda que si bien es cierto que el art. 732.3 establece que en el escrito de petición de medidas cautelares deberá ofrecerse la prestación de caución, sin embargo, se trata de un requisito subsanable, siendo lo decisivo que no podrá adoptarse la medida sin la previa prestación de la caución finalmente acordada por el órgano judicial, como dispone el art. 737 en relación con el 728.3.

En cuanto a la **modificación de la caución inicialmente prestada**, confirma tal posibilidad, el **Auto de la AP de Barcelona nº 35/2004, de 12 de marzo**, declarando la efectiva modificación al alza de la caución

que se prestó justificada por una alteración en las circunstancias provocada por la excesiva tramitación morosa de los autos. Por lo demás, esto conecta claramente con el art. 743 de la LEC que exige para toda modificación de medidas cautelares que se aleguen y prueben hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

De otro lado, concretamente, en cuanto al **cálculo de la caución**, el **Auto de la AP de Zaragoza nº 189/2004, de 26 de marzo**, afirma que, aunque discrecional por parte del tribunal, no debe sobrepasar los **parámetros** que para ello señala el legislador, a saber, **a) la naturaleza y contenido de la pretensión, lo que hay que relacionar con el daño que pueda irrogarse al patrimonio del demandado y, b) el grado de apariencia de buen derecho.** En atención a ellos el tribunal señalará el montante de la caución.

Una vez presentada la solicitud y admitida por el juez, después de comprobar que cumple todos los presupuestos antedichos, se celebrará **una vista** según lo dispuesto en el art. 734.1º. **La vista no tiene otra finalidad que la de conceder al actor y a la sociedad demandada la posibilidad de exponer lo que convenga a su derecho y, paralelamente, la de servirse de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán, si fueran pertinentes.** Asimismo, éste es el momento en que las partes deberán formular, si lo estiman oportuno, **alegaciones** en relación con el tipo y la cuantía de la caución y la sociedad afectada por la medida cautelar podrá solicitar en este momento procesal que en sustitución de la medi-

da de anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo se adopte la caución sustitutoria.

Lo anterior, salvo que por la necesidad de potenciar el factor sorpresa y evitar que una prevención por parte de la sociedad demandada, conocedora de la petición de la medida cautelar, haga frustrar la finalidad de ésta, caso en que se adoptará la medida sin audiencia de la sociedad y dejando al margen, por tanto, el principio de contradicción y basándose, claro está, en razones de urgencia siempre que exista el peligro fundado de que si se retrasa, los deudores de la sociedad demandada levanten el patrimonio. En este último caso, la sociedad demandada podrá formular en el plazo de veinte días oposición, contados desde la notificación del auto que acuerda la referida medida. En definitiva, en palabras de BARONA VILAR **la excepción a la regla general que exige la previa audiencia del demandado, es lo que se ha dado en llamar “contradicción diferida”,** que se posibilita mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 733.2 y que son un fiel reflejo de una cierta manifestación del principio de oportunidad justificado por razones de urgencia.

Por el contrario, si se ha celebrado la vista, **su tramitación tendrá carácter preferente**, y una vez concluida ésta, en el plazo de cinco días, el tribunal decidirá en virtud de auto contra el que, al margen del sentido en que se pronuncie, a favor o en contra de la anotación preventiva de la demanda, cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

La anotación preventiva se alzará de oficio una vez haya sido dictada una sentencia absolutoria

>>> **Existe legitimación cualificada, para solicitar la adopción judicial de la suspensión de los acuerdos sociales impugnados pues la tienen los accionistas que representen el 1 ó el 5 por ciento del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial** <<<



firme, ya sea en el fondo, ya en la instancia y en este momento procesal se procederá a determinar, conforme a lo señalado en el art. 742, los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado (art. 745). Su cancelación se ordenará en virtud de lo dispuesto en el artículo 745 en perfecta consonancia con el art. 156 del RRM en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia.

Finalmente, ocurre también que la anotación preventiva podrá seralzada aún cuando la sentencia todavía no hubiese adquirido firmeza, si bien para ello habrán de concurrir los presupuestos establecidos en el art. 744 de la LEC, para los casos de absolución de la sociedad demandada en primera o segunda instancia, o en su caso, la estimación parcial de la demanda.

En materia de efectos de la medida estudiada, una vez que ésta ha sido

adoptada, siguiendo a CALAZA LOPEZ, se mantiene como principal el publicitario, o lo que es lo mismo, el de otorgar adecuada publicidad en relación con el estado jurídico de las decisiones de la sociedad. El segundo gran efecto, también típico de cualquier institución registral se traduce en el mantenimiento de la situación jurídica adecuada para el óptimo desarrollo de la sentencia que en su día se dicte, y cómo se dicte, sobre la nulidad o anulabilidad del acuerdo social.

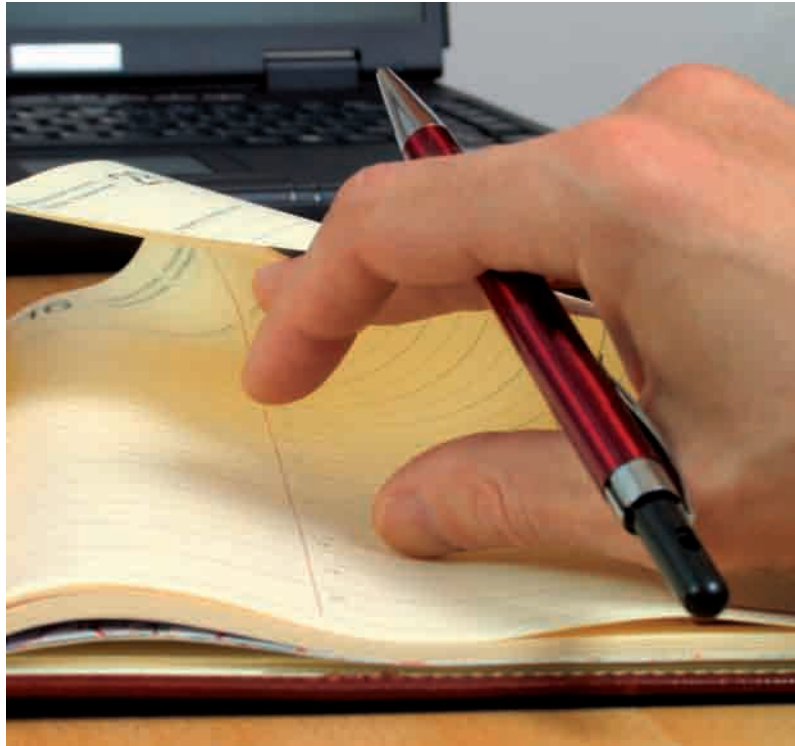
C. Consideraciones generales en torno a la suspensión del acuerdo impugnado

Prevista en el nº 10 del art. 727 de la LEC, en lo que respecta al concepto y naturaleza jurídica de esta suspensión, la doctrina coincide en afirmar que nos encontramos sin lugar a dudas ante una medida cautelar cuya finalidad es evitar los

perjuicios que derivarían de la ejecución de aquellos acuerdos respecto de los cuales es previsible su declaración de invalidez. Se trata, en consecuencia, de evitar que el acuerdo impugnado produzca sus efectos de momento, sin perjuicio, de que con posterioridad quede “rehabilitado” totalmente si se levanta la suspensión.

De la misma forma que un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto la menor importancia en el ámbito societario de la medida cautelar de la anotación preventiva frente a la que ahora nos ocupa, tal y como ha quedado dicho, con respecto a la suspensión del acuerdo impugnado se afirma la necesidad de extremar la justificación de los presupuestos generales exigidos en el art. 728 de la LEC, de tal suerte que el examen del tribunal en orden a su concurrencia deberá ser exhaustivo² y si se cuestionaba la existencia o al menos la necesidad de su justificación en

2. Se entiende, en cualquier caso, que conforme a la máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, como la LEC exige acreditar o justificar mínimamente todos los presupuestos que deben concurrir para la adopción de una medida cautelar con carácter general, no debemos obviar esa exigencia en función del tipo de medida de que se trate. En definitiva, no podemos ni debemos distinguir allí donde la ley no lo hace, y sobre todo cuando, por una vez, es clara.



relación a la anotación, esa situación no se da cuando de suspensión del acuerdo impugnado se trata, debiendo quedar acreditados todos sus extremos de una forma total y absoluta.

Presenta los **caracteres propios de cualquier medida cautelar en general** y, en particular, los mismos señalados con respecto a la anotación preventiva de demanda. Me remito a lo ya dicho en este sentido respecto a las notas de instrumentalidad, jurisdiccionalidad, temporalidad, homogeneidad e idoneidad, sin embargo, conviene reparar en otras tres notas más, que serían evidentes en cualquier medida cautelar pero que la doctrina tiende a realzar mucho más en este tipo de medida. Son las notas de la utilidad, excepcionalidad y urgencia.

- **Utilidad.** Es cierto que, de alguna manera, cuando se presenta una demanda de impugnación de un acuerdo social, la sociedad afectada productora del acuerdo en cuestión sigue funcionando, sin embargo, la vida societaria se

altera en la medida que hay una situación evidente de cierta conflictividad por cuanto se produce, siguiendo a CALAZA LOPEZ, un decaimiento de la regularidad de cuantas actividades dependen funcionalmente del acuerdo temporalmente inutilizado, en atención a la obligatoria paralización de la ejecutoriedad del contenido cuestionado. Frente a esto, es menester proteger los intereses del accionista, administrador o tercero que se haya visto perjudicado por la adopción del acuerdo y se muestre también interesado en la evitación de la producción de los efectos derivados del mismo. En este contexto, la nota que ahora se examina de utilidad de la suspensión de dicho acuerdo, se revela como evidente y **se da en la misma proporción en que logre evitar la producción de efectos y “parar” la ejecutoriedad del contenido de un acto eventualmente nulo o anulable.**

- **Excepcionalidad.** Se dice, igualmente, que la adopción de esta medida debe producirse en últi-

ma instancia, como *ultima ratio*, cuando no haya más remedio y con una prudencia total, pues el **principio de la presunción de validez del acuerdo debe primar sobre la eventual suspensión de su contenido, en aras de una mayor estabilidad y mejor funcionamiento de la sociedad que haya adoptado el referido acuerdo.**

- **Urgencia.** Al margen de cual sea el momento procesal en que el peligro de retardo sea apreciado, lo cierto es que de la apreciación cierta de demora, prácticamente coetánea a la propia pendency del procedimiento, se desprende el carácter de urgencia que define a toda suspensión, **pues su adopción no trata sino de evitar la inminente producción de efectos lesivos.** Dicha urgencia encuentra su fundamento en la función de aseguramiento de la efectividad de la sentencia que llegue a dictarse.

D. Consideraciones procesales en torno a la suspensión del acuerdo impugnado

No toda pretensión de nulidad en el proceso principal podrá presuponer, como situación jurídica objeto de esta cautela, la suspensión, sino que el legislador, para evitar posibles abusos que podrían incidir en el orden común o general societario, ha fijado un supuesto de **legitimación cualificada**, pues la **legitimación activa** para solicitar la adopción judicial de la suspensión de los acuerdos sociales impugnados la tienen los accionistas que representen el 1 ó el 5 por ciento³ del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

Ello significa, por tanto, dos cosas: la primera, que **existe una restricción**

3. El cómputo legal respecto al porcentaje mínimo exigible lo forman, además de las acciones ordinarias, las pertenecientes a los titulares de acciones que tienen temporalmente vedado su derecho de voto y ello en iguales condiciones que las de socios ausentes o ilegítimamente privados de ejercitar aquel derecho de voto. CALAZA LOPEZ, SONIA, *op.cit.* pág. 346.

en esta materia, dado que no todo accionista puede solicitar la medida, y la segunda, que habla de la exigencia, no sólo de legitimación para demandar, sino para mantenerse como parte en el proceso cautelar, y ello porque si desapareciera en el sentido de aminoración de estos tantos por cientos, se produciría un alzamiento de la medida que se hubiere acordado, salvo el supuesto de que pudiera producirse una sucesión procesal.

No podrá ser apreciada por el juez, requiriendo además de la instancia de parte, una motivación particular suficientemente acreditativa del perjuicio concreto que causaría al interés jurídico para cuya tutela se pretende la medida. Los límites legales que se imponen en materia de legitimación activa que se acaban de ver, han sido cuestionados por un sector de la doctrina argumentándose que la misma debiera quedar supeditada únicamente a la condición de parte (tal es la regla general), ya que la legitimación para solicitar una medida cautelar deriva del propio proceso.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurre si durante la tramitación de la tutela cautelar estos porcentajes legitimadores se alteran, es decir, disminuyen por transmisión de acciones o por aumento de capital, que son los dos casos típicos. En el primer supuesto, habría que alzar la medida en base al decaimiento en el interés de los propios accionistas por mantenerla. En el segundo, por el contrario, parece evidente la justificación de su mantenimiento, pues la disminución del porcentaje por aumento de capital y no porque los interesados hayan enajenado parte de sus acciones, no implica decaimiento alguno del interés en el mantenimiento de la medida solicitada.

En lo atinente a la legitimación pasiva, competencia, solicitud de la medida cautelar, presupuestos, y vista, me remito sin más a lo ya dicho con respecto a la anotación preventiva de demanda a fin de no incurrir en reiteración abusiva, pues resulta de perfecta aplicación lo dispuesto en los arts. 723.1 (competen-

cia), 730 (solicitud), 23.2.3º y 31.2.2º (postulación), 732, 728, y 737 (presupuestos) y 734 (vista); 735 (auto acordando o denegando la suspensión del acuerdo), 734.2º II, 746, 747 (contracautela), 742, 744 y 745 (mantenimiento o alzamiento de la medida) y 735, 736 (recursos).

A pesar de la remisión que casi resulta obligada, convendría precisar al menos dos cosas importantes, ya para terminar con la exposición. La primera conecta con el momento de la solicitud. Anteriormente, y, salvo mejor entender, se mantenía que la anotación preventiva de demanda solo podía ser solicitada una vez presentada ésta, en contraposición a lo declarado en general por el 730 de la LEC, por la sencilla y simple razón de que sin demanda que anotar, no tiene sentido la petición de anotación preventiva. Sin embargo, tratándose de la suspensión del acuerdo impugnado volvemos sin ambages al régimen general y **su solicitud puede tener lugar con la demanda principal o antes de la misma.**

Por último, en lo concerniente a los efectos de la medida, naturalmente son distintos. En este caso se produce la **inmediata paralización de la regularidad de cuantas actividades societarias se encuentren amparadas por el acuerdo previamente impugnado, así como la inutilidad de la posterior adopción de acuerdos que tengan como base el contenido de aquel, mediante la interrupción temporal de la ejecutoriedad y presunción de validez de éste.**

Tales efectos operan desde que ha sido adoptada de una forma efectiva y, por consiguiente, los actos producidos en el periodo intermedio que va desde la solicitud hasta la adopción pierden también su presunción de validez.

La suspensión del acuerdo una vez decretada podrá ser anotada en el Registro Mercantil, sin necesidad de que el auto que lo acuerda sea firme. ■

>>> PARA SABER MÁS

- CALAZA LOPEZ, M^a SONIA, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003.
- DAVILA LORENZO, JOSE, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Colex, 12ª edición, 2001.
- FERRANDIZ GABRIEL, JOSE RAMON y GIMENO BAYON, RAFAEL, *Praxis Mercantil, Sociedades mercantiles, Sociedades anónimas: Junta General y administradores*, Praxis, Barcelona, 1991.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, en *El Proceso de Impugnación de Acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, DANIEL, *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, 3ª edición, Aranzadi, 2002.
- URIA GONZALEZ, RODRIGO Y GARRIGUES, JOAQUIN, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª edición, 1958.
- VICENT CHULIA, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, 4ª Edición, José María Bosch Editor, Barcelona 1991.

>>> SOLICITUD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA POR OTROSÍ

OTROSÍ DIGO: Habida cuenta que se tienen noticias de que el demandado pretende enajenar los bienes inmuebles que son objeto de este procedimiento introduciendo un tercer hipotecario que haría inútil el litigio entablado, perjudicando gravemente el derecho de mi representado y, al mismo tiempo, el interés de la justicia, solicitamos se acuerde anotación preventiva de esta demanda en el Registro de la Propiedad de este Partido, de las fincas cuyas descripciones aparecen en los hechos primero y segundo de la demanda, y se hallan inscritas en.....

A estos efectos, y con la celeridad que esta situación requiere, previa constitución de fianza por el importe de€, o la que este Juzgado estimara conveniente para indemnizar el eventual derecho de indemnización de la parte demandada en caso de ser absuelta, se libre mandamiento por duplicado al Sr. Registrador de la Propiedad de.....

Esta solicitud se deduce al amparo del nº 5 del art. 727 de la LEC que prevé la anotación preventiva de la demanda cuando ésta se refiera a bienes y derechos susceptibles de inscripción en los Registros Públicos, lo cual concuerda con el art. 42.1 de la LH y con la posibilidad establecida en el 139 del Reglamento Hipotecario.

Y en su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO: Acuerde la anotación preventiva de la demanda en los términos solicitados en el presente otrosí.

Lugar y Fecha

Firma Abogado

Firma Procurador

>>> SOLICITUD DE PRÓRROGA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA

Rollo...../.....

A LA SALA (o Sección correspondiente)

Don M.N. Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Don A.A., en el Rollo de apelación al margen señalado del juicio ordinario de....., comparezco y **DIGO:**

Que el próximo día..... caducará la anotación preventiva de la demanda inicial de los presentes autos, por haber transcurrido el plazo señalado en el art. 86 de la LH, tal como consta en el mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia y que obra unido a autos. Hallándose en trámite el presente procedimiento,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito, y acuerde de conformidad con el mismo una prórroga por un nuevo plazo de cuatro años de vigencia de la anotación preventiva, expidiéndose a tal efecto nuevo mandamiento al Registro de la Propiedad de.....

Lugar y Fecha.

Firma Abogado

Firma Procurador

>>> **SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE ACUERDOS IMPUGNADOS DE LA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA**

OTROSÍ DIGO: Que interesa al derecho de esta parte, como titular del 5% del capital social, según ha quedado debidamente justificado en el antecedente escrito de demanda, solicitar -al amparo del apartado nº 10 del art. 727 de la LEC-, la suspensión del acuerdo social impugnado relativo a, y adoptado en la Junta General Extraordinaria celebrada el día

Así como también pedir la anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil de....., y su publicación en el Diario Oficial correspondiente.

Fundamentando estas peticiones en los siguientes

HECHOS

ÚNICO: En la Junta General Extraordinaria celebrada el día....., cuyo orden del día era....., se procedió a los citados nombramientos, recayendo en Don..... y Don.....

Dicho acuerdo fue adoptado sin el quorum exigido legalmente, por lo que no queda revestido de la cobertura formal necesaria. Asimismo, los nombramientos pueden afectar lógicamente a la marcha normal de la sociedad, puesto que al actuar en nombre de la misma, la vincularán con posible y real perjuicio. Concurren, por tanto, los requisitos necesarios para la adopción de la medida que se solicita: la parte solicitante representa el 5% del capital social; el acuerdo se adoptó sin la cobertura formal requerida y no tiene apariencia de legalidad ninguna; y, en definitiva, se pretende -con la suspensión- proteger a mi principal, en la medida que, consecuentemente, con la consumación de dicho acuerdo se podrían generar evidentes perjuicios para la buena marcha de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Competencia. Art. 723 LEC.

II. Procedimiento. Arts. 730 y ss. LEC.

III. Art. 727 nº 10, *“la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos el 1 ó el 5 por 100 del capital social. Según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial”.*

VI. Art. 727 nº 6 LEC, y art. 738. 2. III LEC.

V. Costas. Art. 394 LEC.

Por todo lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO: Que acuerde la suspensión del acuerdo social adoptado en la Junta General Extraordinaria celebrada el día....., relativa a....., y la anotación preventiva de la demanda de impugnación en los términos del precedente otrosí.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que dada la urgencia del caso, así como el real peligro que su retardo puede ocasionar a los intereses de esta sociedad, se proceda a resolver sobre la medida de suspensión con anterioridad a la vista prevista en el art. 734 de la LEC (art. 733. 2. LEC)

SUPlico AL JUZGADO: Que tenga por hechas las anteriores manifestaciones, acuerde la formación de pieza separada a fin de que, con carácter previo a la referida comparecencia o vista oral, decrete las medidas peticionadas, comprometiéndose esta parte a prestar la fianza en la cuantía de €).

Lugar y Fecha

Firma Abogado.

Firma Procurador