



Roj: **AAP B 1085/2012 - ECLI: ES:APB:2012:1085A**

Id Cendoj: **08019370152012200009**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/01/2012**

Nº de Recurso: **510/2010**

Nº de Resolución: **13/2012**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 510/10 - 3ª

MEDIDAS CAUTELARES Nº 80/2010

JUZGADO MERCANTIL Nº 6 DE BARCELONA

AUTO Núm. 13/2012

Ilmos. Sres.

IGNACIO SANCHO GARGALLO

MARTA RALLO AYEZCUREN

JORDI LLUIS FORGAS I FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a veinte de enero de dos mil doce.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de oposición a medidas cautelares, número 80/2010 seguidos ante el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, a instancia de Adolfo , representado por la procuradora Emma Nel.lo Jover, contra CRC corporación sanitaria, S.A., representada por el procurador Ivo Ranera Cahis. Estos autos penden ante esta sala en virtud del recurso apelación interpuesto por Adolfo contra el auto dictado en los mismos el día 7 de junio de 2010, por el que se desestimaba la petición de medidas cautelares.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte dispositiva del auto apelado es del tenor: "No ha lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por D. Adolfo , representado por la procuradora Sra. Nel.lo Jover, contra CRC corporación sanitaria, S.A., representada por el procurador Sr. Ranera Cahis".
2. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Adolfo , que fue preparado y formalizado conforme a la vigente LEC, confiriéndose traslado a la otra parte. Recibidas las actuaciones y formado en la Sala el rollo correspondiente, se procedió a señalar la vista para el día 14 de diciembre de 2011.
3. **Interviene como p onente el Ilmo. Sr. IGNACIO SANCHO GARGALLO .**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En la demanda principal, Adolfo compareció como socio de la entidad demandada, CRC corporación sanitaria, S.A., y ejercitó una acción de impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general de



accionistas celebrada el 22 de diciembre de 2009. La convocatoria de esta junta se publicó en el BORME del día 20 de noviembre de 2009 (documento nº 4 de la demanda), con el siguiente orden del día:

" *Primero.- Nombramiento de auditores de la compañía.*

Segundo.-Ruegos y preguntas.

Tercero.- Redacción, lectura y aprobación, si procede, del acta de la reunión "

Como documento nº 5 de la demanda, consta una comunicación, remitida el día 23 de noviembre de 2009, por el Sr. Adolfo al presidente del Consejo de Administración, en la que, de conformidad con los arts. 97 y 100 TRLSA , pedía fuera complementado el orden del día con otros puntos:

- " *En relació amb les companyies filials: detall de l'endeutament per préstecs i crèdits de cadascuna d'elles, així com de les operacions entre elles i amb la matriu (Facturació i préstecs).*

- *Garantías de tot tipus atorgades per CRC corporación sanitaria, S.A. en favor de las seves companyies filials.*

- *Situació econòmica actual de CRC corporación sanitaria, S.A. i previsió de tancament de l'exercici.*

- *Acomiadaments de personal efectuats des de l'u de gener d'enguany.*

- *Retribucions econòmiques meritades o pagades a Fausto i a Consulting Can Ràbia, S.L. dins el present exercici 2009 .*

El Presidente del Consejo de Administración contestó a este requerimiento el 26 de noviembre de 2009 y rechazó la solicitud de ampliación de los puntos del orden del día porque entendía que se trataba de "simples demandas de información" (documento nº 6 de la demanda). Sin embargo, admitió la solicitud de ampliación del orden del día propuesta por otros accionistas que consistía en: la ampliación del capital social y consiguiente modificación de los estatutos sociales; la ampliación del objeto social de la compañía y la consiguiente modificación de los estatutos sociales; y la modificación de los estatutos sociales en lo referente a los quórum de asistencia, refuerzo de mayorías para la toma de determinados acuerdos y aumento de participación societaria para acceder a las juntas. Como documento nº 11 de la demanda se adjunta una copia de la publicación en el BORME de esta ampliación.

2. El actor, en la demanda principal, impugna los acuerdos adoptados en aquella junta por varios motivos: i) porque se denegó la inclusión de los nuevos puntos del orden del día solicitados por el Sr. Adolfo (arts. 97 y 100 TRLSA); ii) por infracción del derecho de información (art. 112 TRLSA); y iii) por vulneración de los arts. 144 y 159 TRLSA , relativos a la modificación de los estatutos y a la ampliación de capital social.

La demanda incluye también una petición de medidas cautelares, en concreto la suspensión de la eficacia de los acuerdos impugnados y la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil.

Esta petición de medidas cautelares fue resuelta por el juzgado mercantil mediante el auto que ahora se recurre en apelación. En este auto, el juzgado mercantil aprecia la concurrencia del requisito del *fumus boni iuris* , pero rechaza las medidas por no existir *periculum in mora* , argumentando también que su contenido no resulta proporcionado ni justificado por el perjuicio que pueden ocasionar a la sociedad dichas medidas.

El recurso de apelación además de contradecir los argumentos vertidos por el auto recurrido sobre la falta de *periculum in mora* , pone de relieve que la eficacia de los acuerdos impugnados le ha impedido con posterioridad ejercitar los derechos de información y de voto en la junta de accionistas.

3. Las partes no discuten en esta alzada la concurrencia del *fumus boni iuris* , pues el propio demandado apelado, en su escrito de oposición, expresamente lo considera algo juzgado e indiscutido, de tal forma que se extraña de que el apelante vuelva a argumentar sobre la existencia de *fumus* y elude cualquier razonamiento en contra.

De este modo, la controversia se ciñe en torno al peligro por la demora procesal. Para la apreciación de este requisito, conforme al art. 728.1 LEC , en necesario advertir que, de no adoptarse las medidas solicitadas, podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieran o dificultaran la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Corresponde al instante de las medidas identificar estas situaciones y argumentar por qué impedirían la ejecución o cumplimiento de la supuesta sentencia estimatoria. En nuestro caso, la demanda debía ilustrar qué situaciones derivadas del mantenimiento de la eficacia de los acuerdos impugnados podrían frustrar la efectividad de una sentencia que declarara la nulidad de dichos acuerdos.

A tal efecto, la demanda de medidas alega que los acuerdos impugnados "conlleven la modificación del régimen de gobierno de la sociedad que podría producir efectos irreparables durante la pendencia del



procedimiento". Añade que la ampliación del capital social alteraría los quórum y las mayorías para la adopción de acuerdos posteriores, que podrían luego ser declarados nulos como consecuencia de la ineficacia de los ahora impugnados.

4. Conviene advertir que las modificaciones en el régimen de gobierno de la sociedad no se produjeron por los acuerdos impugnados, sino que lo habían sido con anterioridad, en concreto por los acuerdos adoptados en la junta de 25 de mayo de 2009, que en su caso debieron ser impugnados y respecto de cuya eficacia debió pedirse la suspensión. Por lo tanto, la primera situación denunciada no proviene directamente de los acuerdos ahora impugnados, razón por la cual no se aprecia el reseñado *periculum in mora*, y resulta irrelevante todo lo argumentado en relación con la correcta o incorrecta administración de la compañía por parte de los actuales administradores.

5. Sin embargo, sí guarda relación la segunda situación, que es la posibilidad de que se aprueben acuerdos en función de las nuevas mayorías generadas por la ampliación del capital social aprobado en los acuerdos impugnados, que de prosperar la impugnación habría que dejar también sin efecto. En su recurso de apelación, la parte apelante ilustra este riesgo con lo acaecido en la posterior junta de 22 de junio de 2010, a la que no se le dejó asistir, a través de un representante, como consecuencia de la modificación del art. 10 de los Estatutos, que, según fue interpretado en la junta, impide que un socio sea representado por alguien que no sea socio y tenga al menos el 1% del capital social. Y también lo ilustra con el hecho de que, como consecuencia de la ampliación del capital social, ha dejado de tener más de un 5%, y con ello de poder ejercitar los derechos políticos por sí sólo.

Pero este riesgo ha desaparecido al haberse adoptado en la junta general de accionistas de CRC corporación sanitaria, S.A., celebrada el día 3 de octubre de 2011, unos acuerdos que modificaron los referidos artículos estatutarios, de manera que se ha restaurado la situación anterior a los acuerdos impugnados. Con ello, como reconoció en el acto de la vista la letrada de la parte apelante, habría desaparecido el *periculum in mora* respecto de la medida de suspensión de efectos de los acuerdos impugnados. Queda pendiente, sin embargo, si estos hechos afectan al *periculum in mora* respecto de la anotación preventiva de la demanda de impugnación.

6. Como ya hemos indicado en alguna ocasión anterior (A RA 642/04), la anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales se preveía en el originario Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en el art. 121 TRLSA, y también en el art. 155 RRM. La disposición derogatoria única 2.2º de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000 derogó entre otros preceptos el art. 121 TRLSA, sin hacer mención expresa al art. 155 RRM, que sigue vigente. Este precepto prevé que " *la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales... se practicará cuando, previa solicitud del demandante y con audiencia de la sociedad demandada, el Juez, a su prudente arbitrio, así lo ordenare* ". Y aunque la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales no se prevé expresamente en el art. 727 LEC, a la vista del art. 155 RRM, cabe incluirla dentro de la medida prevista en el nº 6 (" *las anotaciones registrales, en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución* ").

Los acuerdos impugnados han propiciado durante dos años un cambio en el accionariado de la compañía e, incluso, su capital social, de tal modo que si prospera la impugnación se alteraría la situación que muestra en la actualidad a los terceros inversionistas. Para evitar que los efectos de una hipotética sentencia estimatoria no puedan desenvolverse íntegramente por la aparición de algún tercero de buena fe, se advierte justificado la necesidad de dar publicidad registral a la demanda de impugnación, mediante su anotación preventiva. No en vano, el Registro Mercantil desempeña no solo una función de publicidad formal o mera divulgación, sino también de publicidad jurídica o legal, produciendo efectos presuntivos del conocimiento por los terceros del contenido de los Libros del Registro. Por este motivo, la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales sirve para destruir la buena fe de terceros, impidiendo que se pudieran acoger a la protección de confianza en la apariencia.

Atendiendo a lo anterior, en este caso, el peligro por la demora procesal es consustancial a la dilación propia del juicio ordinario, que puede dar lugar a que si no se adopta la medida solicitada informando a terceros de la pendencia de la impugnación de los acuerdos sociales mencionados, se origine una situación que reste eficacia a una hipotética sentencia estimatoria de la demanda.

7. En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de apelación, sin hacer expresa imposición de costas, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 398.1 LEC. La estimación parcial del recurso supone la estimación parcial de la demanda cautelar, motivo por el cual no procede tampoco hacer expresa condena en costas en primera instancia.



ESTIMAR parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Adolfo , contra el auto dictado por el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, con fecha 7 de junio de 2010 , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; que modificamos en el sentido de acordar la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, sin que hacer expresa imposición de costas ni en primera instancia ni en esta alzada.

Contra la presente resolución no cabe recurso extraordinario alguno.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ