

Algunas consideraciones acerca de los efectos de la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LOS EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACION DE UN ACUERDO SOCIAL COMO PROBLEMA.—II. REVISION CRITICA: LA INCONSISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS OBSTATIVOS DE LA PROTECCION DE TERCEROS A LA ANOTACION PREVENTIVA DE UNA DEMANDA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.—III. ENSAYO DE UNA INTERPRETACION ALTERNATIVA.

I. INTRODUCCION: LOS EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACION DE UN ACUERDO SOCIAL COMO PROBLEMA

1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales (en adelante, la anotación preventiva) es asiento registral que hace su aparición en nuestro Derecho societario de la mano de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1), para encontrar posteriormente reconocimiento normativo, primeramente con carácter reglamentario (arts. 111 y 112 RRM de 1956) y después legal (arts. 121.1 y 2 y 122.3 LSA), sin perjuicio de su mayor desarrollo reglamentario (arts. 155 y 156 RRM) (2). El régimen de la anotación preventiva se completa, antes en

(*) Este artículo ha sido preparado para ser incluido en los Estudios en homenaje al profesor doctor Justino Duque.

(1) RDGRN 20-II-54 = *RAJ*, núm. 833.

(2) El RRM de 1996 ha reproducido literalmente el tenor dado a estos artículos en el Reglamento de 1989, donde, a su vez y en lo esencial, se reprodujo la regulación anteriormente establecida en el Reglamento de 1956, no sin dejar de introducir, como se ha de ver, alguna destacada novedad.

un plano formal que sustantivo, con las reglas comunes a todo tipo de asientos (arts. 33 a 40 RRM) y con lo preceptuado en el Reglamento Hipotecario (artículo 80 RRM). A estas disposiciones debe sumarse lo previsto para la anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo aprobatorio del balance final de liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada (artículo 118.2 *in fine* LSRL).

La anotación preventiva es medida cautelar prevista, como su régimen es válido, no sólo para las demandas de impugnación de los acuerdos de la junta general de accionistas, sino también para las demandas de impugnación de los acuerdos de la Junta general de las sociedades de responsabilidad limitada (cfr. art. 56 LSRL), así como para las demandas de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de las sociedades anónimas (cfr. artículo 143.2 LSA) y de las sociedades de responsabilidad limitada (cfr. artículo 70.2 LSRL).

En particular, y según se deduce de lo prevenido en sus disposiciones específicas, el régimen de la anotación preventiva se resume en la determinación de la competencia judicial para acordar su práctica, de sus presupuestos formales y materiales, de los aspectos formales de su práctica, de su publicación, así como de su cancelación. En particular, la competencia para resolver la solicitud de anotación preventiva corresponde al Juez que fuere competente para conocer de la correspondiente acción de impugnación de acuerdos sociales. Desde el punto de vista de los presupuestos formales, la anotación preventiva sólo podrá concederse a instancia de parte, sin que al respecto deba concurrir ninguna especial circunstancia de legitimación, y previa audiencia de la sociedad demandada. Desde el punto de vista de los presupuestos materiales, la orden de practicar la anotación preventiva solicitada únicamente se hace depender del «prudente arbitrio» del Juez y, si lo estima procedente («podrá supeditar»), de la prestación por parte del demandante de caución adecuada a los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. Una vez acordada mediante auto, la anotación preventiva se practicará a virtud de mandamiento judicial y habrá de ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Por excepción a lo anterior, la anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo del balance final de liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada será acordada de oficio por el Juez que conozca del asunto, y aparentemente sin dar audiencia a la sociedad y sin establecer fianza alguna (art. 118.2 LSRL). Finalmente, procederá la cancelación de la anotación preventiva practicada mediante mandamiento judicial en caso de desestimación de la demanda, desistimiento o caducidad de la instancia, o bien mediante testimonio de la sentencia firme en caso de estimación de la demanda; naturalmente, y en cualquiera de los casos, la cancelación de la anotación preventiva practicada deberá ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*,

sea como parte del extracto de la sentencia estimatoria, sea independientemente en los demás supuestos.

Y nada más se establece legal o reglamentariamente acerca de la anotación preventiva. En particular, nada se establece acerca de sus efectos, como tampoco nada se estableció al respecto en la regulación anteriormente en vigor.

2. No se me oculta, sin embargo, que la cuestión que ahora suscito, los efectos de la anotación preventiva, no ha merecido una consideración especialmente detenida por parte de nuestros autores, como tampoco desconozco, de otro lado, que las líneas que hasta la fecha se han dedicado a la anotación preventiva reflejan un estado de opinión pacífico.

En este sentido, no estará de más empezar recordando que la sentencia que acoja una acción de impugnación de acuerdos sociales, producirá sus efectos frente a todos los accionistas, pero en cambio no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado (art. 122.1 LSA, que reproduce fielmente el tenor del antiguo art. 67 II LSA 1951). Pues bien, en general, con tanta contundencia como escasa argumentación y atención a las implicaciones, se ha sostenido, con unos u otros términos, que la práctica de la anotación preventiva impide que los terceros adquirentes de derechos a consecuencia del acuerdo impugnado (y posteriormente declarado nulo o anulado) puedan beneficiarse de la protección legalmente dispuesta (3). En esta línea, además, se ha pronunciado recientemente también la Dirección General de los Registros y del Notariado (4).

(3) Si no yerro, esta es la opinión de F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, 3.^a ed., José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 616, e ID., *Introducción al Derecho mercantil*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 226; R. GARCÍA LUENGO y R. SOTO, *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Comares, Granada, 1991, págs. 567 y 568; J. SORIA, «Consideraciones sobre la eficacia de los acuerdos sociales declarados nulos», en *RDM*, núms. 165-166, 1982, págs. 537 y sigs. y pág. 552; V. GIMENO, en V. CORTÉS, V. GIMENO y V. MORENO, *Derecho procesal, Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 582 y 583; J. P. RUANO, «El gobierno de la Sociedad Anónima», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, págs. 303 y sigs., págs. 315 y 316; J. LANZAS, «Las anotaciones preventivas y las Sociedades Anónimas», en *RDM*, núm. 210, 1993, págs. 1309 y sigs., pág. 1329; J. BOLÁS, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada. Comentario a la Ley tras la reforma de 25 de julio de 1989 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 155; J. R. FERRANDIZ y R. GIMENO-BAYÓN, *Junta general y administradores*, en J. M. CALA VIA y R. CABANAS (coordinación), *Sociedades Mercantiles: Sociedades Anónimas*, Praxis, Barcelona, 1991, pág. 421; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 242; I. Díez-PICAZO y A. DE LA OLIVA, «Especialidades procesales en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Revista Derecho Procesal*, 1990, págs. 421 y sigs., pág. 438. E incluso tímidamente quien esto escribe: J. MASSAGUER, «La estructura interna de los grupos de sociedades», en *RDM*, núm. 192, 1989, págs. 281 y sigs., pág. 308.

(4) RDGRN 8-XI-95 = *BOE*, núm. 293, Fundamento de Derecho 5: «*Estas anotaciones (preventivas de demandas de impugnación de acuerdos sociales) ...responde (sic) a la*

3. Las graves consecuencias prácticas de esta orientación de nuestra literatura y del Centro Directivo se perciben con absoluta nitidez en cuanto se repara en el círculo de terceros afectados o, desde otra perspectiva, en el ámbito de actuaciones y operaciones cuya ineficacia puede deparar la anotación preventiva.

En efecto, entre los terceros que pueden haber adquirido derechos frente a la sociedad a resultas de un acuerdo social impugnado pueden contarse no sólo quienes hayan adquirido derechos mediante actos o contratos que dan ejecución al acuerdo impugnado, sino también quienes los hayan adquirido mediante actos o contratos distintos de los anteriores respecto de los cuales el acuerdo impugnado es simplemente un presupuesto mediato (5). Si entre los primeros figuran, por ejemplo, el contrato establecido con el auditor nombrado por el acuerdo de Junta general objeto de la impugnación, entre los segundos se deben contar, por ejemplo, todos los actos y contratos hechos por los administradores nombrados mediante el acuerdo social impugnado.

No puede extrañar, por tanto, la incertidumbre y dificultades que en algunos casos célebres recientes ha suscitado la anotación preventiva practicada o sólo solicitada en relación con la demanda de impugnación del acuerdo social de renovación de los cargos del Consejo de Administración. Y lo cierto es que no faltan razones para preocuparse: la sentencia que estimara la acción de impugnación del nombramiento de administradores no determina inmediatamente la ineficacia de lo actuado por los administradores, pero determina que se vea afectado por un vicio de nulidad (art. 1.259 II del Código Civil), sin que aparentemente la posición jurídica de los terceros de buena fe, mediante la anotación preventiva, pueda quedar protegida, como procedería de otro modo (art. 122.1 LSA).

No creo dudoso que ésta sea una conclusión poco tranquilizadora. Está en juego, ni más ni menos, la posibilidad de que la sociedad pueda actuar con normalidad en el tráfico económico, no obstante la interposición de una de-

finalidad propia de las anotaciones de demanda que se practican en los Registros jurídicos, la de garantizar la eficacia de la sentencia que en su día se dicte enervando con su presencia el juego legitimador de la publicidad registral que resulta de la presunción de validez y exactitud del contenido del Registro (art. 20.1 del Código de Comercio) de suerte que evite la ineficacia relativa que podría sufrir frente a derechos adquiridos por terceros de buena fe (art. 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 20.2 del Código de Comercio) con anterioridad a la fecha en que ya una sentencia firme, de prosperar la demanda, acceda al Registro constatando la inexactitud o nulidad de lo previamente inscrito» (subrayado añadido).

(5) Distinción apuntada en la doctrina alemana: cfr. U. HÜFFNER, en E. GESSLER y otros, *Aktiengesetz Kommentar*, 9. Lief., F. Vahlen, Munich, 1984, § 248, núm. 20, págs. 202 y 203, y que entre nosotros no dejara de atisbar J. GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1952, pág. 332.

manda de impugnación; o desde la perspectiva contraria, la posibilidad de que la sola interposición de una demanda de impugnación paralice *de facto* la vida de la sociedad. La incomodidad de las soluciones a que conduce la interpretación mayoritaria se hace tanto más evidente cuando se atiende a la legitimación activa para instar la adopción de la anotación preventiva: cualquier socio o administrador, e incluso cualquier tercero que acredite tener un interés legítimo si el acuerdo impugnado lo fuere por estar incurso en un vicio de nulidad, así como a los presupuestos legalmente fijados para su adopción: prudente arbitrio judicial y contracautela en forma de fianza, si bien esta última sólo a instancia de la sociedad demandada y siempre tamizada por la discrecionalidad del Juez reglada en atención a las circunstancias del caso. Y dicha incomodidad se acrecienta todavía más en cuanto se contrastan dichos requisitos con la legitimación activa y presupuestos vigentes para la suspensión de la ejecución de un acuerdo impugnado, como se ha de exponer seguidamente.

II. REVISION CRITICA: LA INCONSISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS OBSTATIVOS DE LA PROTECCION DE TERCEROS A LA ANOTACION PREVENTIVA DE UNA DEMANDA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES

La eficacia obstativa de la protección de los terceros reconocida generalizadamente a la anotación preventiva, a mi entender, no sólo arroja dudas y sombras desde una perspectiva práctica, sino también serios reparos desde un ángulo puramente técnico-jurídico. En efecto, y siempre desde mi punto de vista, aquel reconocimiento se apoya, en mayor o menor medida y de forma más o menos explícita según los casos, en cuanto malentendidos: la equiparación funcional de la suspensión de ejecución de los acuerdos sociales impugnados y de la anotación preventiva; la atribución de un fundamento registral a la tutela de los terceros en el marco de la impugnación de acuerdos sociales; la transposición mecánica de principios y reglas hipotecaristas y, en fin, la desconexión de la interpretación respecto de las exigencias de fidelidad comunitaria.

4. Tras la lectura mayoritaria se esconde, en primer lugar, lo que considero una inadecuada valoración de la dualidad de medidas cautelares legalmente previstas en relación con la impugnación de acuerdos sociales. En efecto, la anotación preventiva se encuadra entre las medidas cautelares que, desde una perspectiva procesal, son específicas del juicio de menor cuantía previsto actualmente para la impugnación de acuerdos sociales, papel que comparte con la suspensión de ejecución del acuerdo impugnado (art. 120

Ley de Sociedades Autonómicas, desarrollado por art. 157 RRM), como se destaca generalmente en la literatura especializada (6).

Y siendo ello así, el reconocimiento de una eficacia obstativa de la protección de terceros a la anotación preventiva comporta un doble desajuste, funcional y estructural.

Bajo el primer aspecto, sin duda, conviene advertir la peculiaridad del origen de la anotación preventiva. Como ya tuve ocasión de indicar, la anotación preventiva nace en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En particular, y al amparo de su inclusión genérica entre los asientos que podían practicarse en el Registro Mercantil contenida en el entonces vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1919 (art. 17 I RRM 1919), se recurrió a la anotación preventiva precisamente con la finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia que en su día pudiera dictarse en el procedimiento seguido para la impugnación del correspondiente acuerdo social, si bien no debe olvidarse que así se hizo sólo a falta de otra medida cautelar que permitiera asegurar tal objetivo (7).

Al intérprete no puede pasar por alto, en cualquier caso y no obstante la fecha de la Resolución considerada, que la legislación aplicada no era la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, sino el Código de Comercio, que carecía de toda clase de medida cautelar para el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Las cosas, sin embargo, cambiaron radicalmente con la entonces nueva Ley de 1951. Si ésta hubiera sido la legislación aplicable, pocas dudas debe haber acerca de que se habría recurrido a la suspensión de la ejecución,

(6) Así, V. GIMENO, en V. CORTÉS, V. GIMENO y V. MORENO, *Derecho procesal*, ob. cit., pág. 582 y sigs.; J. L. RUBIDO DE LA TORRE, «La impugnación de acuerdos sociales en la Sociedad Anónima. Examen especial de las medidas cautelares: suspensión de acuerdos y anotación preventiva», en *La Ley*, 1994-2, pág. 944 y sigs., *passim*, en especial pág. 948, col. dcha.; M.^a L. REYES, «Suspensión de acuerdos sociales y anotación preventiva de demanda», en *Poder Judicial*, 2.^a época, 1991, núm. 23, pág. 99 y sigs., págs. 102 y 103; no obstante, la anotación preventiva es sólo «otra norma procesal especial» para L. DÍEZ-PICAZO y A. DE LA OLIVA, *Revista Derecho Procesal*, 1990, núm. 3, pág. 438.

(7) RDGRN 20-II-54, cit. *supra*: «{a)un cuando el Registro Mercantil encuentra su principal fundamento en la legitimación de las situaciones jurídicas y fehaciencia de los documentos aportados, con lo que claramente se pone de manifiesto sus diferencias con el Registro de la Propiedad, dirigido a la concreción y tutela de los derechos, por lo que no cabe una absoluta equiparación entre ambos no deja de ser necesario también en aquél reflejar por medio del asiento oportuno las situaciones que, como la constancia de una oposición a los acuerdos de la Junta general de accionistas, tienda a impedir que la sentencia que en su día recaiga carezca de eficacia práctica, por lo que cabe un principio en nuestro sistema —máximo teniendo en cuenta el carácter supletorio que posee el Reglamento Hipotecario— resolver tal dificultad aplicando la doctrina de la anotación preventiva de demanda que al amparar el derecho, que se ejercita, publica una posible causa de rescisión que afecta a los terceros y sobre todo al asegurar a los demandantes la efectividad de la sentencia. produce los deseados efectos precautorios» (subrayado añadido).

y no a la anotación preventiva. En este sentido, ya entonces, la introducción de la suspensión de ejecución del acuerdo impugnado como medida cautelar propia del procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales (art. 70 IV LSA 1951) hacía del todo *superflua* la regulación de la anotación preventiva, al menos en la medida en que su objetivo fuera «impedir que la sentencia que en su día recaiga carezca de eficacia práctica». Así parece corroborarlo, por lo demás, la fuente de inspiración del legislador de 1951: en efecto, la regulación de la suspensión de la ejecución de los acuerdos sociales se tomó, casi literalmente, del ordenamiento italiano (cfr. art. 2.378 del *Codice Civile*), que empero carecía de toda previsión relativa a la anotación preventiva [y que había asignado, y aún hoy asigna, aquella finalidad cautelar a la suspensión] (8). Y lo cierto es, de otra parte, que no parece exagerado pensar que la primera regulación de la anotación preventiva estuvo rodeada de serias dudas acerca de su procedencia, como se deduce de la extensión que presta la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil a cuestión tan poco trascendente (sobre todo por la entonces vigente previsión de la suspensión de ejecución de los acuerdos impugnados).

Bajo el segundo de los aspectos antes apuntados, esto es, bajo un aspecto estructural, la eficacia obstativa de la protección de terceros predicada de la anotación preventiva se aviene mal con el juego de analogías y diferencias que se advierten entre la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado y la anotación preventiva. En efecto, por un lado, suspensión de ejecución y anotación preventiva son medidas que poseen un mismo alcance objetivo, pues no parece lícito entender ejecución en un sentido estricto y negar que se pueda ordenar la suspensión de la ejecución de los acuerdos sociales que operan sin necesidad de una ejecución en sentido estricto, sino que es más correcto entender que la suspensión tiende a paralizar en todos los casos la eficacia del acuerdo en cuestión (9). Sin embargo, y por otro lado, una y otra medida difieren en la legitimación activa así como en sus respectivos presupuestos materiales. En este sentido, la equivalencia funcional entre la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado y la anotación preventiva se compagina mal con las diferencias estructurales que pueden apreciarse entre ambas medidas, y que apuntan a la menor dificultad de la obtención de esta segunda: si la legitimación activa se reserva en la suspensión de ejecución a los accionistas impugnantes que representen al menos un 5 por 100 del capital social (art. 120.1 LSA), la solicitud de la anotación preventiva está abierta a cualquier demandante (art. 156.1 RRM), lo que incluye tanto a los accionistas, cualquiera que fuere su participación en el capital, como a los adminis-

(8) F. FERRARA y F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 8.^a ed., Milán, Giuffrè, 1992, pág. 531.

(9) F. GALGANO, *Diritto commerciale, Le Società*, 4.^a ed., Zanichelli, Bolonia, 1994, págs. 245 y 246.

tradores, e incluso a los terceros (art. 117.1 y 2 LSA); si la concesión de la suspensión de la ejecución está condicionada, como repetidamente ha exigido una jurisprudencia menor especialmente consciente de la gravedad de esta medida, a la presencia de un *fumus boni iuris* y de un *periculum in mora* (10), la concesión de la anotación preventiva se condiciona, por el contrario, sólo al prudente arbitrio del juez (11). En cambio, en ambos casos la contracautela, o prestación de caución por el demandante dirigida a garantizar los daños y perjuicios una injustificada suspensión o anotación preventiva, es discrecional para el Juez, que, no obstante, puede acordarla de oficio en relación con la suspensión de la ejecución (cfr. art. 120.2 LSA), y sólo podrá dictarla previa solicitud de la sociedad demandada en relación con la anotación preventiva (cfr. art. 155.1 RRM). De otro lado, e igualmente en el plano de las coincidencias, en ambos casos, su eventual eficacia frente a terceros de buena fe, fuere la que fuere, queda condicionada a la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (cfr. arts. 121.1 y 121.2 LSA, en relación con el art. 21.1 CCom., no obstante la omisión de la suspensión de ejecución en el art. 353.20.º RRM).

En suma, tanto la génesis de la anotación preventiva como medida cautelar propia de los juicios de impugnación de acuerdos sociales, como las analogías y diferencias estructurales que se aprecian entre anotación preventiva y suspensión de la ejecución de los acuerdos impugnados, a mi modo de ver, permiten sostener que debe asignarse una diferente función a una y otra medida cautelar. No parece fuera de lugar, en efecto, rechazar que, en la práctica, puedan alcanzarse los mismos resultados (inejecución del acuerdo, pues difícilmente habrá terceros dispuestos a asumir la ineficacia de su adquisición) a través de dos mecanismos diversos, tanto más cuanto uno de ellos, la anotación preventiva, posee unos requisitos menos rigurosos. En este sentido, y en particular, a la suspensión de ejecución debe reservarse la función propiamente aseguradora de la eficacia de la sentencia frente a la realización de actos durante la tramitación del procedimiento que pudieran dejarla sin sentido. Desde otra perspectiva, pero en este mismo orden de cosas, si no concurren los requeridos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* no se acierta

(10) SSAP Barcelona (Sección 13.ª) 26-V-92 = *RGD*, núm. 579, 1992, pág. 12149 (Sección 15.ª) 24-I-94 = *RJC*, 1994-II, pág. 409, AP Barcelona (Sección 11.ª) 31-I-91 = *RJC*, 1991, pág. 440, AP Madrid (Sección 18.ª) 3-XI-94 = *Revista de Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid*, 1995, pág. 497.

(11) De hecho se dice que su adopción es discrecional: R. JIMÉNEZ DE PARGA, «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1801 y sigs., pág. 1818, así como J. L. RUBIDO DE LA TORRE, *La Ley*, 1994-2, pág. 948, col. izqda. Entre la doctrina procesal, por contra, se exige igualmente *fumus boni iuris* y *periculum in mora*: V. GIMENO, en V. CORTÉS, V. GIMENO y V. MORENO, *Derecho procesal*, ob. cit., págs. 583 y 584.

a ver tampoco la necesidad de una anotación preventiva encaminada a asegurar la efectividad del fallo firme estimando la impugnación; y al contrario: si concurren, procede la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado, y no la mera anotación preventiva.

5. De otro lado, la destrucción de la protección de los terceros mediante la anotación preventiva se ha afirmado con un más o menos acusado olvido del fundamento de la tutela de sus derechos derivados del acuerdo impugnado. La posición mayoritaria, efectivamente, se funda, de forma explícita o implícita, en una lectura en clave registral de la tutela procurada a los terceros de buena fe que adquieren derechos a consecuencia de acuerdos nulos o anulados; en este sentido, se ha dicho incluso que tal protección no deja de ser una concreción del principio de fe pública (art. 20 CCom., y art. 8 RRM): la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará a los derechos de terceros de buena fe (12). Ello, a mi modo de ver, pasa por alto el doble carácter general que posee la tutela de los terceros en este contexto.

En primer lugar, la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe se establece sin distinguir entre acuerdos impugnados inscribibles y no inscribibles, particularmente sin que quede limitada a los acuerdos inscribibles. En este sentido conviene tener presente que el fundamento de la protección de los terceros no es la previa inscripción del acuerdo impugnado, sino sólo la buena fe. Y de ahí también que, en otro orden de cosas, si la referida protección tuviere el pretendido carácter registral, también debiera aceptarse que habría de restringirse a los acuerdos no ya inscribibles, sino inscritos, precisión que no encuentra respaldo alguno en la doctrina y que, por lo demás, dejaría al intérprete ante un abismo idéntico a aquel ante el que se hallaba a la hora de aplicar las normas generales sobre nulidad antes de la reforma de régimen jurídico de las sociedades anónimas en 1951, cuestión que con tanta preocupación fue abordada por nuestra mejor doctrina (13). La dimensión actual del problema es mayor si cabe, y ello se aprehende con facilidad en cuanto se repara en que esta norma de protección de terceros es aplicable a la impugnación de los acuerdos de la Junta general de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 56 LSRL), entre cuyas competencias figuran igualmente la adopción de decisiones gerenciales (art. 44 LSRL), o a la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de anónimas y limitadas (art. 143.2 LSA, art. 70.2 LSRL, y art. 155.1 RRM), los cuales en buena parte de los casos son inscribibles.

(12) Especialmente claro, G. LANZAS, *RDM*, núm. 210, 1993, pág. 1329.

(13) Cfr. J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I-2, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, pág. 1018 y sigs., en línea que antes publicara en su artículo «Nulidad e impugnación de los acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 3, 1946, pág. 415 y sigs.

En segundo lugar, y lo que es más importante, la protección de los derechos de los terceros adquiridos a resultas de un acuerdo impugnado no es una norma que refleje un principio registral, sino una norma que establece una regla de Derecho general de obligaciones (14). Tal y como a las claras revelan las preocupaciones expresadas por la doctrina bajo la vigencia del régimen de la sociedad anónima del Código de Comercio (15), la finalidad de la tutela de los derechos adquiridos por tercero consiste en asegurar la más conveniente tutela del tráfico (16) o, en un plano económico, en asegurar el normal desenvolvimiento de la actividad de la sociedad en sus relaciones con los terceros (17). Y en este sentido, y como ya se ha apuntado, debe valorarse adecuadamente el hecho de que el presupuesto de la protección de terceros sea sólo la buena fe, y no la inscripción registral del acuerdo impugnado. De ahí que no pueda cuestionarse seriamente el carácter general o de Derecho común, y no registral, de la excepción (y protección) que introdujo primeramente el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y que ahora dispone el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989; de hecho, esta lectura se corresponde con la interpretación mayoritaria en la doctrina (18).

Siendo todo ello así, no parece dudoso tampoco que la buena fe exigida para mantener la adquisición de derechos resultante del acuerdo impugnado (y devenido ineficaz) consiste en la creencia de que no existe vicio que pueda invalidar el correspondiente acuerdo social (arg. ex art. 1.950 CC). Y si es cierto que su inscripción en el Registro Mercantil funda suficientemente dicha creencia, no lo es, en cambio, que la anotación preventiva pueda destruirla, precisamente porque la protección no tiene por causa la previa inscripción del acuerdo, esto es, porque se mueve en el plano de la realidad, y no en el de la apariencia registral.

Desde esta perspectiva, en efecto, la buena fe consiste en el conocimiento efectivo de la realidad extrarregistral. En este sentido, la anotación preventiva poco más puede hacer que proclamar la existencia de un litigio en

(14) En esta línea, SAP Barcelona (Sección 1.^a) 4-X-96 (no publicada, pero en el archivo del autor).

(15) Vid. J. GARRIGUES, *RDM*, núm. 3, 1946, págs. 428 a 430.

(16) Extremo comúnmente indicado entre nosotros, *per omnia*, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M.^a MUÑOZ, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo V, *La Junta General de Accionistas*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 344.

(17) Aspecto especialmente destacado por nuestra jurisprudencia: SSTs 27-VI-69 = *RAJ*, núm. 3667, 21-II-73 = *RAJ*, núm. 533, 27-XII-73 = *RAJ*, núm. 4982, 29-XI-83 = *RAJ*, núm. 6733.

(18) Para el artículo 67 II LSA, 1951, J. GARRIGUES y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 3.^a ed., por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, 1976, págs. 767 a 771, y, ahora para el artículo 122.1 LSA, en lugar de muchos, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M.^a MUÑOZ, *La Junta General de Accionistas*, ob. cit., págs. 343 a 347.

torno a la nulidad o anulabilidad de un acuerdo social, pero no introducir en el Registro Mercantil elementos o datos que revelen la inexactitud de los asientos registrales. De ahí que, a mi juicio, pueda convenirse sin dificultad en que la anotación preventiva destruye el normal juego del principio de legitimación, pero deja absolutamente intacta la eficacia de toda norma tuitiva que, como el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, contenga una regla general de Derecho de obligaciones. Dicho en otros términos, la práctica de la anotación preventiva y la imposibilidad de entender vigente el principio de legitimación, no debe llevar, a continuación, a entender que la anotación preventiva, adoptada como lo está con base en el prudente arbitrio del Juez, y sin incorporar ningún tipo de pronunciamiento sobre el fondo, torna la presunción de exactitud y validez en otra de inexactitud e invalidez en perjuicio de los terceros. Desde mi punto de vista, en efecto, nada autoriza a apartarse del principio general de presunción de la buena fe de los terceros y, más en particular, de la presunción general, y por ello mismo formulada con independencia del juego registral, de validez de los acuerdos sociales impugnados que ha formulado nuestra jurisprudencia (19); de modo que tampoco nada autoriza a desechar la opinión que sostiene, de un lado, que «la existencia o no de buena fe en el tercero es una cuestión de hecho» y, de otro lado y sobre todo, que «el conocimiento de la impugnación no bastará por sí solo para constituir en mala fe al tercero» (20).

6. Rasgo también acusado en la eficacia destructiva de la protección de los terceros propuesta para la anotación preventiva es una, a mi juicio, difícilmente aceptable asunción y traslación de principios hipotecaristas, particularmente en lo relativo a la eficacia de las anotaciones preventivas.

Ciertamente, no debe haber disputa acerca de la influencia decisiva que, tanto desde una óptica institucional y formal como sustantiva y técnica, ha tenido el acarreo de instituciones hipotecaristas en la construcción del régimen jurídico de la publicidad registral mercantil, y otro tanto puede decirse de la importancia de la dogmática hipotecarista en la interpretación de las normas reguladoras del Registro Mercantil y, por supuesto, de las facetas registrales del Derecho de sociedades. Sin embargo, la transposición de instituciones y lecturas hipotecaristas al ámbito de la publicidad registral mercantil y del Derecho registral de sociedades puede no hallar justificación suficiente en todos los casos, al menos sin serias correcciones, de todo punto precisas para asegurar su acomodo sistemático y funcional al nuevo contex-

(19) Así expresamente para la anotación preventiva SAP Barcelona, 4-X-96, cit. *supra*.

(20) Así, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M.^a MUÑOZ, *La Junta General de Accionistas*, ob. cit., pág. 347.

to (21). Y la atribución de efectos obstativos de la protección de los terceros a la anotación preventiva puede ser un buen ejemplo de ello.

Bajo este aspecto, parece oportuno comenzar recordando que, de los distintos elementos en que se basa la protección del tercero que adquiere confiado en la apariencia del Registro de la Propiedad, la anotación preventiva de demanda no destruye la buena fe, sino que introduce en el registro la causa que determina la ineficacia del título del transmitente. Así, la anotación de demanda frustra la aparición de un tercero protegido, de una persona que no fue parte de la situación previamente registrada, con absoluta independencia de su estado subjetivo.

En este sentido, no es dudoso que el juego de la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad está íntimamente vinculado a su estructura y principios rectores. En efecto, si en el sistema registral hipotecario se ha podido decir que la anotación preventiva de demanda es «un medio de asegurar que, cuando recaiga una sentencia condenatoria, ésta pueda ejecutarse en iguales condiciones y circunstancias bajo las cuales hubiera podido la misma cumplirse al tiempo que se inició la instancia correspondiente» (22), ello se debe tanto a la configuración del Registro de la Propiedad, en un plano material, como registro de derechos, con la consiguiente proyección de los principios de legitimación y fe pública sobre derechos, así como al carácter sustantivo del principio de prioridad (23). Por el contrario, el Registro Mercantil es un registro de personas y de actos de las personas inscritas, con la consecuencia de que los principios de legitimación y buena fe sólo pueden predicarse de las personas y sus actos

(21) Ya J. GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», en *RCDI*, núm. 69, 1930, pág. 657, y págs. 668 y 669.

(22) R. M.^a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.^a ed., Bosch, Barcelona, 1968, págs. 849 y 851, palabras acogidas por el Tribunal Supremo: «la anotación preventiva ... es una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar que cuando recaiga una sentencia condenatoria, ésta pueda ejecutarse en aquellas circunstancias que cuando se inició la instancia judicial» (STS 30-XII-74 = *RAJ*, núm. 4944).

(23) Así ha podido establecerse que el efecto de la anotación preventiva de demanda consiste «en asegurar un rango al derecho real que como consecuencia del litigio pueda constituirse, asegurando la retroactividad del mismo al momento de la anotación de la demanda frente a terceros que hayan inscrito en el intermedio algún derecho» (J. COSSIO, *apud* J. L. LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral, Elemento de Derecho Civil*, tomo III bis, Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 222), y, en general, que el efecto de la anotación preventiva es eludir la inoperancia de ciertos derechos que todavía no pueden acceder al Registro y prevenir los riesgos ocasionados por el juego de la fe pública registral, permitiendo que tales derechos tengan efectividad frente a terceros antes de su inscripción (R. M.^a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, ob. cit., tomo II, pág. 843). Es altamente significativo, en este sentido, que la eficacia enervante de la fe pública registral atribuida a la anotación preventiva se produzca sólo en favor de titulares de situaciones jurídicas todavía no inscribibles (como destacara L. Díez-PICAZO, «Las anotaciones preventivas», en *RDN*, 1964, pág. 21).

pero no de los títulos relativos a sus derechos; de otro lado, el Registro Mercantil es un registro en el que el principio de prioridad tiene un carácter estrictamente técnico (art. 10 RRM); ordena el acceso de los documentos a los libros del Registro. Siendo ello así y, particularmente, careciendo en el ámbito registral mercantil los principios de fe pública y de prioridad de virtualidad para resolver conflictos entre derechos incompatibles, difícilmente parece sostenible que la anotación preventiva enerve la protección establecida en el contexto considerado por introducir en el Registro Mercantil la causa de ineficacia de la transmisión, pues ni su objeto ni el título de la sociedad tienen reflejo registral. En el Registro Mercantil, en suma, no se produce un conflicto entre derechos de terceros y la consiguiente necesidad de tutelar a uno de ellos. Por ello, la anotación preventiva de demanda no puede tener en el sistema registral mercantil una función equivalente a la que desempeña en el sistema hipotecario (24).

7. Finalmente, la lectura que se ha hecho mayoritariamente de los efectos de la anotación preventiva no parece ajustarse debidamente a las exigencias comunitarias. Como es bien sabido, es exigencia de la normativa comunitaria de armonización en materia de sociedades que, cumplidas las formalidades establecidas acerca del nombramiento de administradores sociales (inscripción y publicación), la irregularidad del correspondiente acuerdo social no pueda oponerse a los terceros de buena fe, a menos que la sociedad demuestre que tenían conocimiento del vicio que afectaba a su nombramiento [art. 8 de la Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar para hacer equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del art. 85 del Tratado, para proteger los intereses de los socios y terceros (68/151/CEE) = DOCE, 1968, N.º L 65/8].

(24) No en vano, nuestra mejor doctrina ha indicado en unas líneas luminosas que: *«Las anotaciones preventivas pierden en el Registro Mercantil su significación primordial (asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o a la cancelación de un derecho). En rigor, como se trata de derechos, sino de hechos realizados, no cabe hablar de anotaciones preventivas en el Registro Mercantil. Sin embargo, el Reglamento admite las anotaciones preventivas por suspensión (arts. 44 y sigs.). Ahora bien, esta clase de anotaciones se explica cuando el orden cronológico de presentación en el Registro determina el orden de preferencia en el derecho (principio de prioridad en el sistema hipotecario español y en el suizo). Pero la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil no puede determinar ningún orden de preferencia en los derechos, precisamente porque no se inscriben derechos, sino hechos (A se dedica al comercio; B otorga un poder general; C se aparta de una sociedad colectiva; la sociedad D eleva su capital social, etc.). El orden cronológico de la inscripción es aquí indiferente. Rara vez se producirá colisión entre dos derechos inscritos y servirá la fecha de presentación para decidir el conflicto entre dos posiciones jurídicas contradictorias»* (J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 7.ª ed., s.e., Madrid, 1976, pág. 703, retomando palabras antes escritas en su trabajo «El Registro Mercantil en Derecho español», en *RCDI*, núm. 69, 1930, págs. 669 y 670).

De ahí se sigue, en primer lugar y cuando menos, que la pretendida destrucción de la protección de terceros mediante la anotación preventiva no pueda aplicarse al que probablemente resulta ser el supuesto más importante de la práctica: el acuerdo de nombramiento de administradores. En efecto, y sin perjuicio de cuanto aún se ha de exponer en el párrafo siguiente, en este caso concurren, a mi modo de ver, los presupuestos necesarios para afirmar la eficacia vertical de la norma de la Directiva ahora considerada o, lo que es lo mismo, para interpretar la disposición española relevante conforme a la Directiva, pues el tenor de aquélla no es abiertamente incompatible con el mandato de ésta (25).

Pero todavía pueden extraerse más consecuencias de la norma comunitaria. En este sentido, no puede dejar de considerarse que el hecho de que el legislador español, a diferencia del italiano, por ejemplo, haya dejado de incorporar la disposición comunitaria no significa necesariamente que haya incumplido sus obligaciones. Bien pudiera ocurrir, al contrario, que el legislador español no se hubiera sentido obligado a ello. Y lo cierto es que me parece preferible esta explicación para la falta de regulación, que aquella otra que imputaría al legislador español un incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. Bajo este aspecto, por tanto, parece posible sostener que si el legislador español no ha incorporado el tenor del artículo 8 de la Primera Directiva de Sociedades se debe al entendimiento de que el ordenamiento societario interno no necesitaba adaptación en este punto por hallarse plenamente vigente la protección requerida. Y tal entendimiento ha de fundarse necesariamente en el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no distingue entre clases de acuerdos, y, al mismo tiempo, en la insuficiencia de la anotación preventiva para destruir dicha protección.

III. ENSAYO DE UNA INTERPRETACION ALTERNATIVA

8. De cuanto antecede puede concluirse, al menos, que existen serias dudas acerca de la aptitud de la anotación preventiva para privar de protección a los terceros que adquieren derechos de una sociedad a partir de un acuerdo social impugnado y luego declarado nulo o anulado. Asimismo, no parece exagerado convenir en que, tras la reforma de 1951, la anotación preventiva difícilmente podría mantener la función con que fue introducida originariamente, el aseguramiento de la eficacia de la sentencia que acogiera la impugnación, en concurrencia con la función típica y propia de la suspen-

(25) SSTJCE 13-XI-90, asunto C-106/89 «Marleasing, S. A. c. Comercial Internacional de Alimentación, S. A.» = Rec., 1990, pág. I-4135, cdo. (8), 14-VII-94, asunto C-91/92 «P. Faccini Dori c. Recreb Srl» = Rec., 1994, pág. I-3347, cdo. (26).

sión de ejecución del acuerdo impugnado, pero con una dificultad o, si se prefiere, con un coste de obtención inferior. Y en este sentido, bien puede cuestionarse la necesidad y, en cualquier caso, la conveniencia de mantener la anotación preventiva tras la introducción de la suspensión de ejecución del acuerdo impugnado.

Ello no obstante, y hoy por hoy, la anotación preventiva es medida que, por más que quizá pudiera considerarse *superflua*, debe jugar algún papel en el contexto de la impugnación de acuerdos sociales, si bien resulta abiertamente precisa una clarificación de su función y efectos vigentes.

9. Desde este último ángulo, parece oportuno asumir que la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a consecuencia de un acuerdo nulo o anulado se desenvuelve en un plano diverso al característico de los efectos de la anotación preventiva. En efecto, no puede ignorarse que, como medida cautelar que es, la anotación preventiva está orientada y ordenada al aseguramiento de una situación jurídica litigiosa que, en este caso y en y por principio, se desenvuelve en un plano intra-societario sin perjuicio de la legitimación activa reconocida a los administradores (emanación de su deber de administración dirigente que comprende el control de la legalidad de la vida societaria) y a los terceros con interés legítimo. En el plano interno que aquí interesa, también en principio y amén de no discutirse cuestiones relativas a la titularidad de derechos sino a la legalidad de los acuerdos sociales, no se dilucidan conflictos que afecten a los terceros (al menos a los terceros en sentido propio a que, como se ha de ver, se refiere el art. 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) de un modo directo o inmediato y, en particular, conflictos que enfrenten a los demandantes o a la sociedad con dichos terceros. Siendo ello así, la anotación preventiva tampoco debe extender su eficacia tuitiva más allá del estricto ámbito interno en que se plantea el conflicto, tanto más cuanto que las repercusiones que pueden seguirse de dicho conflicto para los terceros son objeto de una específica regulación de carácter general, que dispone la protección de los derechos que pudieran adquirir de buena fe como consecuencia del acuerdo impugnado y luego anulado. Y de la vocación *ad intra* de su eficacia da buena cuenta, desde un ángulo positivo, la previsión de que la anotación preventiva se practique de oficio en el caso de impugnación del acuerdo social aprobatorio del balance final en la liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 118.2 LSRL); en este supuesto, en efecto, por definición no existe la posibilidad de que los terceros establezcan relaciones jurídicas con la sociedad fundadas en este acuerdo (cfr. arts. 118.1 y 120 LSRL), como tampoco pueden los socios invocar ninguna regla de protección de la adquisición de la cuota de liquidación (cfr. art. 122.1 LSA, por remisión del art. 56 LSRL) que necesitara de la anotación preventiva para quedar desvirtuada.

De tal modo, la anotación preventiva debe valorarse como un mecanismo de carácter estrictamente técnico-registral, cuyos efectos también quedan limitados al ámbito registral (26). De ahí se siguen, en mi opinión, varias consecuencias. En primer lugar, la anotación preventiva sólo puede pedirse y ordenarse en relación con acuerdos que deban tener acceso al Registro Mercantil, pero no respecto de acuerdos no inscribibles (27). En segundo lugar, y por lo que hace a los terceros en un sentido propio, la anotación preventiva impide, efectivamente, el normal juego del principio de legitimación. Sin embargo, esta eficacia no va más allá de privar al tercero que contrató con la sociedad de la defensa que, de otro modo, le prestaría la presunción de exactitud y validez. En este sentido y de conformidad con la aceptada tesis que, con carácter general, sostiene que la función de las anotaciones preventivas consiste en impedir que ciertas situaciones jurídicas que actualmente no son susceptibles de ser inscritas resulten por entero inoperantes a causa del normal juego de la fe pública registral (28), la anotación preventiva impide al tercero invocar el contenido del Registro Mercantil en amparo de su adquisición, esto es, le impide aprovechar la inscripción del acuerdo impugnado (29). Ciertamente no es éste un efecto muy destacado en el caso que ahora se considera: el contenido del Registro Mercantil sólo beneficia a los terceros de buena fe (30), y la prueba de falta de buena fe (conocimiento de la realidad extrarregistral) en el tercero corresponde a quien la invoca, lo que en la práctica deja las cosas tal cual serían sin la anotación preventiva; pero lo poco trascendente del efecto no obedece en este contexto sino al hecho de que el presupuesto de la protección de los derechos adquiridos por terceros a partir de un acuerdo social ineficaz es la existencia misma del acuerdo y la buena fe del tercero, y no la inscripción registral del acuerdo. Siendo todo ello así, la anotación preventiva en la práctica (y sin perjuicio, no estará de más

(26) Como ya apuntara, con carácter general y para todas las anotaciones preventivas practicable en el Registro Mercantil, B. CAMY, «La nueva regulación del Registro Mercantil», en *RCDI*, núms. 400-401, 1961, pág. 946 y sigs., págs. 988 y 989.

(27) En ello están de acuerdo también algunos de los autores que propugnan la lectura mayoritaria: F. VICENT, *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 226.

(28) Vide R. M.^a ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo III, 7.^a ed., Bosch, Barcelona, 1979, págs. 16-18. Y así también en relación con la anotación de demanda de una demanda de impugnación de acuerdos sociales, AP Barcelona, 4-VI-91 = *RJC*, 1991, II, pág. 1062.

(29) Sobre la interpretación de este precepto del artículo 21 del Código de Comercio como regla de la invocabilidad de «los hechos inscritos, tal y como están inscritos, ... por terceros de buena fe»: C. PAZ-ARES, «La reforma del Registro Mercantil», en *BMJ*, núm. 1.556, págs. 65 y 66, respaldado expresamente por A. MENÉNDEZ, «La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades y el Registro Mercantil español», en *RCDI*, núm. 597, 1990, pág. 401.

(30) *Per omnia*, A. MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1971, pág. 169 y sigs., *passim*.

insistir en ello, de cuanto se ha explicado a su efecto sustantivo inhibitor del normal juego de la fe pública del Registro) cumple predominantemente una función de publicidad noticia (31). Bajo este aspecto, y como es obvio, la publicación de la existencia de un litigio acerca del acuerdo no torna la presunción de existencia y validez en una presunción de ineficacia, como tampoco lleva al conocimiento de los terceros la existencia de un vicio de nulidad, por lo que es inhábil desvirtuar *per se* la buena fe de los terceros, fundada como está, del modo que se ha explicado repetidamente, en la existencia del acuerdo, y no en el contenido del Registro; en el mejor de los casos, y a partir de la asunción de que sólo la buena fe diligente es protegible, únicamente podría postularse, quizá, que sobre el tercero pesa una carga de comprobar razonablemente la regularidad del acuerdo impugnado.

Así las cosas, y siempre a partir de la premisa de la necesidad utilidad que debe suponerse a toda previsión normativa, la función de la anotación preventiva no tiene tanto un cariz destructivo de posiciones jurídicas de otro modo amparadas por el ordenamiento, cuanto preventivo de la aparición sorpresiva de posiciones jurídicas no amparadas por el ordenamiento. En este sentido, conviene reparar ahora en el ámbito subjetivo de la protección de los derechos adquiridos a causa de un acuerdo impugnado. Aunque legalmente, y a estos efectos, sólo se distingue entre socios y terceros, no parece dudoso que todavía es necesario precisar quiénes pueden tener la consideración de terceros a estos efectos. Para su determinación no vale el concepto registral (los que no son parte del acuerdo impugnado, esto es, los que no eran socios al tiempo de su adopción), sino material, construido a partir de la naturaleza y alcance del acto o negocio realizado por la sociedad a raíz del acuerdo impugnado. De ahí que sea útil distinguir entre negocios (y, por ello mismo, relaciones) jurídico-societarios y negocios (y relaciones) de tráfico, tal y como hace la doctrina alemana (32). A partir de tal distinción, no creo dudoso que la protección de los derechos adquiridos a consecuencia del acuerdo impugnado deba limitarse a los terceros que lo sean por actos o negocios de tráfico, y no a los que lo sean por actos o negocios jurídico-societarios, esto es, no a los que devengan socios por virtud, aunque de forma mediata, del acuerdo impugnado.

En este contexto, y siempre atendida la presencia concurrente de la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado, halla la anotación preventiva

(31) Así, SAP Barcelona, 4-X-96, cit. *supra*: «la anotación preventiva de demanda (de impugnación de acuerdos sociales) tiene en todo caso un objetivo meramente informativo... y por tanto aunque el Registro Mercantil sea de personas y no de derechos, el que se informa de su contenido no por ello puede pretender o presumir la ineficacia de las inscripciones vigentes en razón de la anotación preventiva».

(32) W. SHILLING, en C. H. BARZ y otros, *Grosskommentar Aktiengesetz*, W. de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, 248, núm. 4.

una función sustantiva conforme con la que cumple en el ámbito registral inmobiliario y también, probablemente, necesaria. En efecto, la anotación preventiva da a conocer la existencia de una impugnación a los socios y a terceros, en particular a los terceros que, por adquirir derechos mediante un negocio jurídico-societario que traiga causa del acuerdo impugnado, están en trance de pasar a ostentar una posición jurídica que, como se acaba de indicar, ha de sucumbir en caso de que el acuerdo social en cuestión fuere declarado nulo o anulado, introduciendo de este modo en el Registro Mercantil precisamente la causa, si no en un sentido sustantivo (pues el ámbito de las adquisiciones protegidas y no protegidas se define por entero a través de normas extrarregistrales, cuyo fundamento es ajeno del todo a la inscripción del acuerdo impugnado) sí en un sentido formal, desencadenante de la ineficacia de la adquisición de los socios y, sobre todo, de los terceros que establecen con la sociedad una relación de naturaleza jurídico-societaria a partir del acuerdo impugnado y posteriormente anulado. Así lo confirma el artículo 118.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cuya función, por las razones ya anticipadas, no puede exceder en este ámbito la información a los socios acerca de la pendencia de una impugnación de la que pudiera resultar una obligación de restitución de la cuota. Y de tal modo, la anotación preventiva entroncaría en su función con la propia de la comunicación de la impugnación que se impone al *Vorstand* de la sociedad anónima alemana: alertar a los accionistas y otros interesados de que ya no puedan contar con que el acuerdo continúe siendo válido, sin que de dicha comunicación dependa, sin embargo, los efectos de la ineficacia ni frente a los accionistas, ni frente a los demás interesados (33).

De todo ello se sigue también, que el interés que fundamentalmente se deba valorar para conceder o denegar la anotación preventiva, y así para formar el arbitrio judicial, no ha de ser el del impugnante, sino justamente el de los socios en general y muy en especial de los terceros que puedan establecer una relación con la sociedad que deba quedar irremisiblemente afectada por una sentencia que acoja la impugnación del correspondiente acuerdo social, así como también el interés de la sociedad, si bien sólo en la medida en que la nulidad o anulación pueda reportarle costes relevantes en la liquidación del eventual estado posesorio ineficaz (34). Así las cosas, los supuestos en los que puede proceder típicamente la anotación preventiva son, por ejemplo, los de aumento de capital que debiera ser suscrito en todo o en parte por personas distintas de los accionistas, y aquéllos en que no

(33) U. HÜFFNER, en E. GESSLER y otros, *Aktiengesetz Kommentar*, ob. cit., § 246 AktG, núms. 75 a 78, págs. 179 y 180.

(34) En esta línea, parecen apuntar SAP Madrid, 19-V-93 = *RGD*, núm. 588, 1993, pág. 8812, así como Auto JPI, núm. 2, Madrid, 7-XI-94 (no publicado, pero en el archivo del autor).

procede, también de común, son, por ejemplo, los de nombramiento de administradores.

10. En suma, la anotación preventiva, desde un ángulo sustantivo, únicamente impide que la inscripción registral del acuerdo impugnado produzca plenamente los efectos propios de la publicidad material positiva. Pero la anotación preventiva es insuficiente para determinar la ineficacia de las adquisiciones de derechos que traigan causa del acuerdo impugnado y posteriormente anulado realizadas por los terceros en general, amparadas como están dichas adquisiciones por una norma fundada en la existencia misma del acuerdo y en la buena fe de los terceros. Y todo ello sin perjuicio de que la anotación preventiva, en su componente de mera publicidad o publicidad noticia, esto es, desde un ángulo formal, advierta de la pendencia de un procedimiento de impugnación a los socios y, muy en particular, a los terceros que puedan establecer una relación jurídico-societaria a partir del acuerdo impugnado, previniendo así la aparición de las correspondientes posiciones jurídicas claudicantes o, en su caso, permitiendo a socios y terceros ineludiblemente afectados por la ineficacia del acuerdo la adopción de las medidas de garantía que se estimen más convenientes.

JOSE MASSAGUER
Catedrático de Derecho Mercantil