

## ACUERDO N° 3/2016

### TRIBUNAL DE INSTANCIA MERCANTIL DE SEVILLA

En Sevilla, a 28 de abril de dos mil dieciséis.

El Tribunal de Instancia de Sevilla en el marco de actuación descrito y marcado en los Acuerdos 1/2016 y 2/2016 y, apreciando la necesidad de realizar un nuevo Acuerdo a efectos de ofrecer una respuesta procesal única en el ámbito del derecho societario respecto al inciso final del artículo 204.3 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio (en adelante LSC) que tras la reforma introducida por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, contempla un requisito procesal novedoso, que da lugar a importantes dudas interpretativas.

Artículo 204.3 de la LSC:

*“3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:*

*a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.*

*b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.*

*c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.*

*d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.*

**Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento”.**

En consecuencia, el Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla, por unanimidad de sus miembros acuerda en relación a la cuestión incidental prevista en el artículo 204.3 de la LSC:

- **Carga de alegación de la cuestión de previo pronunciamiento.**

Entendemos que no corresponde al demandante, simultáneamente con su demanda principal, plantear la “*cuestión incidental de previo pronunciamiento*”, el carácter esencial o no, determinante o no, va implícito en la misma demanda, dado que de

conformidad con el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil(en adelante LEC) se expondrán en la misma los hechos y fundamentos de derecho, fijándose con claridad y precisión lo que se pida, y sin que, por supuesto, el artículo 204.3 de la LSC presuma el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación.

Por otro lado, la misma conclusión se puede extraer de una interpretación literal del artículo 204.3 de la LSC al señalar que *“presentada la demanda”* *“la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteara...”*, siendo este el *dies a quo* para presentar la cuestión, es decir, difiere a un momento posterior a la propia demanda el planteamiento de la *“cuestión incidental de previo pronunciamiento”* con el limite preclusivo marcado por el artículo 393.1 de la LEC(*acto del juicio en el procedimiento ordinario o una vez admitida a trámite la prueba en el juicio verbal*).

Por último, a lo anterior coadyuva que el artículo 404.2 de la LEC al establecer los casos en los que el Letrado de la Administración de Justicia(LAJ) dará cuenta al Juez a la hora de admitir a trámite la demanda no comprende ni permite la inclusión analógica del supuesto previsto en el artículo 204.3 de la LSC, dado que son supuestos en los que se limita el LAJ a velar porque la demanda cumpla los requisitos de mera procedibilidad, no así un requisito como este de naturaleza sustantiva.

#### • Normas Procesales de aplicación.

El artículo 204.3 de la LSC se refiere expresamente a *“cuestión incidental de previo pronunciamiento”*, debiendo remitirnos, al no tener una norma procesal propia, a lo dispuesto en el Capítulo VII Título I Libro II de la LEC, es decir, los artículos 387 y ss de la LEC.

#### • Planteamiento por escrito.

Si bien la carga de alegación del carácter no esencial o no determinante de los motivos de impugnación corresponde a la parte demandada, el planteamiento de la *“cuestión incidental de previo pronunciamiento”* no puede quedar limitado al escrito de contestación de la demanda.

La remisión a las normas previstas en los artículos 387 y ss de la LEC, nos obliga a acudir al artículo 392 de la LEC que determina expresamente su planteamiento a través de un escrito expresando motivadamente las razones en que se sustente la pretensión, acompañándose los documentos pertinentes, y proponiendo la correspondiente prueba, sin que quede limitado al escrito de contestación de la demanda.

A lo anterior se une el propio artículo 393.1 de la LEC que marca los momentos preclusivos de planteamiento de las oportunas cuestiones(*el acto del juicio en el procedimiento ordinario o una vez admitida a trámite la prueba en el juicio verbal*), sin que quepa entender el mismo como una limitación al planteamiento de la cuestión por escrito con carácter previo a la contestación de la demanda, obviamente, si se presenta el escrito después de la contestación de la demanda deberá residenciar la cuestión en aquellos hechos nuevos o de nueva noticia(artículo 405.3 de la LEC), pero no puede suponer un obstáculo para su presentación en escrito anterior a la

contestación de la demanda.

• **Tramitación.**

• La “*cuestión incidental de previo pronunciamiento*” se planteará a través de un escrito expresando motivadamente las razones en que se sustente la pretensión, acompañándose los documentos pertinentes, y proponiendo la correspondiente prueba, sin que quede limitado al escrito de contestación de la demanda(artículo 392 de la LEC).

• Si el escrito se presentara con la contestación a la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia(LAJ) convocara a las partes a la Audiencia Previa(artículo 414 de la LEC), y dará traslado al Juez para que se pronuncie sobre la admisión de la cuestión incidental.

• La admisión de la cuestión incidental suspenderá el curso del procedimiento principal(artículo 392.3 de la LEC), pero no la pieza separada de medidas cautelares o la práctica de prueba anticipada, aplicando analógicamente lo previsto para la declinatoria(artículo 64.2 de la LEC).

• Admitida la cuestión incidental, se tramitará conforme a lo dispuesto para el juicio verbal(artículo 393.3 de la LEC):

• Si no se solicita o no se estima necesaria por el Juez la celebración de vista, se resolverá por escrito conforme a lo dispuesto en el artículo 438.4 LEC.

• Si se solicita o se estima por el Juez necesaria la celebración de vista, por razones de economía procesal debido a la inhumana carga de trabajo en los presentes juzgados se señalará para el mismo día de la Audiencia Previa al Juicio Ordinario, y se celebrará con anterioridad a la Audiencia Previa.

La cuestión se resolverá mediante Auto en el plazo de 5 días conforme a lo dispuesto en los artículos 417 y 418 LEC.

• Si el escrito se presentara con anterioridad a la contestación de la demanda se tramitará conforme a lo dispuesto para el juicio verbal, es decir, artículo 438 de la LEC(artículo 393.3 de la LEC)

• La cuestión podrá inadmitirse a través de Auto(artículo 392.2 de la LEC) por las siguientes razones:

• Sustantivas, por no motivarse suficientemente, apreciándose la existencia de motivos dilatorios o fraudulentos ex artículo 11. 2 de la LOPJ y artículo 247 de la LEC.

• Procesales, por plantearse con posterioridad a la contestación a la demanda, basándose en hechos ya conocidos en tal momento procesal(artículo 405.3 de la LEC).

**5. Normas Transitorias.**

Por último, destacar en relación al inciso final del artículo 204.3 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio (en adelante LSC) tras la reforma introducida por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, que no se contiene en esa Ley de reforma Disposición que aclare cuál sea su régimen transitorio.

Estimamos que los materiales normativos para resolver dicha cuestión de transitoriedad se encuentran en las Disposiciones Transitorias 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> Código Civil(en adelante CC) aplicables por virtud de la supletoriedad del CC ordenada por el art. 4.3 CC

Dispone la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> CC, que: *“Se registrarán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen”*.

Por su parte, la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> CC señala que: *“Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros”*.

En consecuencia, la aplicación de primera regla de la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> CC determina que los supuestos excluidos de impugnación recogidos en el nuevo art. 204.3 LSC y la *“cuestión previa de especial pronunciamiento”* no serán aplicables a los acuerdos adoptados antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014 de 3 de diciembre(24 de diciembre) puesto que al constituir *“derecho de fondo”* se registrará por su antigua redacción, dado que al haber nacido el derecho de impugnación en forma plena bajo la Ley anterior, el derecho deberá reconocerse tal y como esa normativa lo establecía.

Sin olvidar, que la preservación de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) impide que una disposición retroactiva suponga una restricción no favorable del derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde al socio.

El presente Acuerdo se ha adoptado por unanimidad.

DON EDUARDO GÓMEZ LÓPEZ,

Magistrado titular del Juzgado Mercantil nº 1 de Sevilla.

DON FRANCISCO JAVIER CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS,  
Magistrado de Refuerzo del Juzgado Mercantil nº 1 de Sevilla.

DON PEDRO MÁRQUEZ RUBIO,  
Magistrado de Refuerzo del Juzgado Mercantil nº2 de Sevilla.

DON JUAN FRANCISCO SANTANA MIRALLES  
Juez de Refuerzo de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 y 2 de Sevilla.

DOÑA BENDICIÓN PAVÓN RAMÍREZ  
Jueza Sustituta del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla.