

CIVIL

ADMINISTRADOR JUDICIAL.  
DESIGNACIÓN  
(CASO PRÁCTICO)

Núm.  
165/2005

**JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ**  
*Secretario Judicial*

### ENUNCIADO

A y B son socios de una sociedad limitada en la cual dos de los administradores de tal sociedad (a quienes llamaremos C y D) han constituido otra sociedad con el mismo objeto social y de la cual son también administradores sin autorización alguna de la sociedad. Entienden A y B que con ello, C y D han vulnerado la prohibición de competencia que aparece prevista en el artículo 65 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada (LSRL). Por ello han iniciado un pleito para que sean cesados los administradores C y D y sea modificado el órgano de administración de la sociedad a un solo administrador. Ahora bien, A y B han solicitado que como medida cautelar, el nombramiento de un administrador judicial para la mercantil con poderes de administración, y suspensión en sus funciones de C y D. ¿Es posible la adopción de esta medida cautelar solicitada, a la vista de la regulación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) actual en la materia?

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Contexto legal en el que se desarrolla la pretensión de medida cautelar. Su naturaleza de medida innominada.
2. Razonamientos que habilitan para posibilitar la adopción de la medida.
3. Concurrencia en el caso de los requisitos esenciales de toda medida cautelar.

### SOLUCIÓN

La administración judicial se regula expresamente en la LEC como una medida de aseguramiento del embargo de empresa, de las participaciones de una sociedad o de los frutos y rentas de

un negocio en el artículo 630 de la LEC, sin distinción alguna sobre si tal embargo es preventivo o de ejecución; es por ello que cabría entender con tal planteamiento en la mano, que sólo cabe la adopción de la medida de administración judicial cuando medie un embargo de las participaciones sociales, lo cual no concurre en el caso planteado.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta otras opciones que la LEC nos da a partir de la regulación de las medidas cautelares, pues podría ser adoptada como medida cautelar además de poder adoptarse como medida de aseguramiento, sin que entonces la pretensión de A y B se vea encorsetada por los límites del artículo 630 de la LEC. Piénsese, que el artículo 726 de la LEC establece claramente que las medidas cautelares están para garantizar la efectividad de una resolución que se dicte en el pleito principal o bien para anticipar sus efectos. Es verdad que dentro de las medidas relacionadas en el artículo 727 de la LEC no se halla una que expresamente sea la administración judicial de la sociedad, pero tampoco se observan obstáculos legales que impidan su consideración como medida innominada al amparo de la cláusula abierta que tal precepto también establece. Si no usamos la puerta que tal cláusula ofrece, no damos virtualidad a lo que el legislador ha pretendido para las medidas cautelares en el sentido de que se constituyan con el carácter de *numerus apertus* y no de *numerus clausus*. Eso sí, la medida innominada habrá de cumplir con los requisitos para su adopción que la LEC ha previsto para las específicamente nominadas.

Si comenzamos con la apariencia de buen derecho como primer requisito, cuya concurrencia hemos de apreciar para ver las opciones reales legales que lo pedido por A y B pueden tener, requisito contemplado en el artículo 728.2 de la LEC, constituye un presupuesto que obliga al peticionario de la medida a proporcionar al órgano elementos suficientes para considerar que la pretensión de la demanda pueda ser estimada; no se trata de tener un convencimiento y conocimiento plenos, sino un juicio de probabilidad que no prejuzgue la resolución definitiva pero sin que baste la simple petición pues resulta exigible que el derecho que se pretende cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada por ser jurídicamente aceptable la posición material del solicitante. Cabe en nuestro caso considerar concurrente este requisito; véase que el artículo 65.1 de la LSRL prohíbe a los administradores de una sociedad de este tipo hacer la competencia a otra de la cual son administradores dedicándose al mismo o análogo género de actividad que constituya su objeto social salvo expresa autorización de la sociedad. El artículo 65.2 de la LSRL permite a cualquier socio para pedir el cese de los administradores que cometiesen tal infracción. En nuestro caso el mero hecho de constituir una sociedad con el mismo objeto social, cabe entender que constituye un principio de prueba que permite fundar un juicio provisional e indiciario favorable a la acción ejercitada. La constitución de la sociedad es un acto preparatorio del ejercicio efectivo de la actividad, que de por sí tiene entidad suficiente como para entender vulnerada la prohibición del artículo 65.1 de la LSRL. Así pues, la apariencia de buen derecho se da en nuestro caso.

Si acudimos al requisito de la concurrencia o no del peligro de la mora procesal (*periculum in mora*), este postulado se trata de un presupuesto nacido como consecuencia de la demora en tener una resolución final y de los riesgos que pueden producirse durante ese período de tiempo; dicho de otro modo, si la resolución fuera instantánea, sobrarían las medidas cautelares. Encuentra su fundamento en la necesaria respuesta que se debe otorgar por los órganos judiciales en los casos en que

la mera interposición de la demanda pudiera llevar al demandado a colocarse voluntariamente en situación tal que impida de algún modo lograr la efectividad de lo resuelto en la eventual sentencia. Esta idea de riesgo o peligro por el tiempo que ha de durar el proceso se observa claramente en la dicción del artículo 728.1 de la LEC. Pues bien, si observamos nuestro caso, de no adoptarse la medida devendría inútil el posterior pronunciamiento judicial estimatorio de la demanda; la continuación de C y D como administradores demandados a quienes se les imputa una violación de la prohibición de competencia, podría ocasionar perjuicios evidentes a la empresa de una entidad tal, que su posterior remoción acordada en sentencia firme resultase inútil para los intereses de los demandantes, por la situación económica en que hubiesen podido dejar la sociedad.

Finalmente es obligado determinar el quantum de la caución a imponer; en relación con la caución prevista en el artículo 728.3 de la LEC, se trata de un tercer requisito que existe por la necesidad de compensar a modo de contracautela, los posibles daños que con la medida cautelar sufra el demandado si obtiene éste una sentencia favorable. Piénsese que ya por el mero hecho de limitarse la actuación de la parte demandada respecto de la cosa litigiosa se le causan ya determinados perjuicios. Si la sentencia es favorable al demandante de la cautela, habrán sido causados legítimamente tales perjuicios; pero en otro caso, se ocasionarán injustos perjuicios que han de ser indemnizados, y para ello nace tal caución que permite asegurar el pago de los causados, garantizándose el poder actuar contra la caución que en su día se presentó. En nuestro caso se ha de fijar la caución atendiendo a la prosperabilidad de la acción principal y a la naturaleza y contenido de la medida. Entendemos que en nuestro caso, las importantes posibilidades de que la acción termine con éxito para A y B, precisaría de una caución poco importante en su cantidad por parte del órgano judicial.

Así pues, se dan en el caso todas las opciones para que se acceda a nombrar un administrador judicial sin cese de C y D, y con suspensión en el ejercicio de sus funciones de éstos últimos que serán ejercitadas por el administrador judicial designado.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2005.