



Roj: **AAP M 3728/2017** - ECLI: **ES:APM:2017:3728A**

Id Cendoj: **28079370282017200095**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **154/2017**

Nº de Resolución: **115/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007750

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2016/0156445

**Recurso de Apelación 154/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Madrid

Autos de **Diligencias Preliminares** 632/2016

**APELANTE::** D./Dña. Graciela

PROCURADOR D./Dña. ALEJANDRO BUIZA MEDINA

**AUTO Nº 115/2017**

En Madrid, a 7 de julio de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 154/2017, los autos de **diligencias preliminares** nº 632/2016 que proceden del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid .

Han actuado en representación y defensa de la parte apelante, D<sup>a</sup>. Graciela , el procurador D. Alejandro Buiza Medina y la abogada D<sup>a</sup>. Eugenia López Pérez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de D<sup>a</sup>. Graciela se presentó, con fecha 21 de septiembre de 2016, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, solicitud de práctica de las siguientes **diligencias preliminares**, que concluía con un suplico del siguiente tenor literal:

" Acuerde dictar auto mandando citar para el día y hora que se señale a BLOCK REAL S.L. , TODOLAC S.L., BLOCK LACADOS MADRID S.L., MADRID BLOCK DESING S.L., DON Alejo en calidad de socio y administrador de las mercantiles Block Real S.L., Todolac Madrid S.L. y como socio de la mercantil Madrid Block Desing S.L., DON Cesar en calidad de socio de las mercantiles Todolac Madrid S.L., Block Lacados Madrid S.L. y Madrid Block Desing y en calidad de administrador de la mercantil Block Lacados Madrid S.L., DON Patricio , en calidad de socio y administrador de la mercantil Block Lacados Madrid Si. y DON Florian , en calidad de socio de la mercantil Block Lacados Madrid S.L. y en calidad de socio y administrador de la mercantil Madrid Block Desing



S.L., a fin de que comparezcan a la sede del Juzgado con la siguiente documentación relativa a los últimos cinco ejercicios, 2011-2015:

*BLOCK REAL S.L. y Don Alejo como socio y administrador de la misma:*

*Informe de vida laboral de la sociedad*

*Facturas de clientes*

*Facturas de proveedores*

*Cuentas anuales*

*Modelo 190. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de rentas. Resumen anual.*

*Modelo 347. Declaración Informativa. Declaración anual de operaciones con terceras personas.*

*Modelo 200. Impuesto sobre Sociedades.*

*Modelo 180. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos procedentes del arrendamiento de inmuebles urbanos. Resumen anual.*

*Modelo TC1 y TC2.*

*- TODOLAC S.L. y sus socios Don Alejo (administrador único) y Don Cesar :*

*Informe de vida laboral de la sociedad.*

*Facturas de clientes.*

*Cuentas anuales.*

*Modelos 190. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de rentas. Resumen anual.*

*Modelos 347. Declaración Informativa. Declaración anual de operaciones con terceras personas.*

*Modelos 200. Impuesto sobre Sociedades.*

*Modelos 180. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos procedentes del arrendamiento de inmuebles urbanos. Resumen anual.*

*BLOCK LACADOS MADRID S.L. y sus socios Don Cesar (administrador mancomunado), Don Patricio (Administrador Mancomunado) y Florian :*

*Informe de vida labora de la sociedad*

*Facturas de clientes*

*Facturas de proveedores*

*Cuentas anuales.*

*Modelos 190. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de rentas. Resumen anual.*

*Modelos 347. Declaración Informativa. Declaración anual de operaciones con terceras personas.*

*Modelos 200. Impuesto sobre Sociedades.*

*Modelos 180. Declaración informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos procedentes del arrendamiento de inmuebles urbanos. Resumen anual.*

*Modelos TC1 y TC2.*

*- MADRID BLOCK DESING S.L. y sus socios Don Alejo , Don Cesar y Don Florian (administrador único):*

*Informe de vida labora de la sociedad*

*Facturas de clientes*

*Facturas de proveedores Cuentas anuales.*

Modelos 190. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de rentas. Resumen anual.

Modelos 347. Declaración Informativa. Declaración anual de operaciones con terceras personas.

Modelos 200. Impuesto sobre Sociedades.

Modelos 180. Declaración Informativa. Retenciones e ingresos a cuenta. Rendimientos procedentes del arrendamiento de inmuebles urbanos. Resumen anual.

Modelos TC1 y TC2"

**SEGUNDO.**- Por Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid se dictó auto, con fecha 1 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva establecía:

"Se rechaza la petición de **diligencias preliminares**".

**TERCERO.**- Por la representación de D<sup>a</sup>. Graciela se interpuso recurso de apelación contra el mencionado auto, que, después de ser admitido por el juzgado y tramitado en legal forma, dio lugar, tras la recepción de los autos en este tribunal, con fecha 13 de febrero de 2017, a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 6 de julio de 2017.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

**CUARTO.**- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.**- La recurrente, D<sup>a</sup>. Graciela, manifiesta su discrepancia con la decisión del juez de lo mercantil por la que le rechazó la petición de **diligencias preliminares** que aquella le planteó. La solicitud tenía por objeto la exhibición de una gran cantidad de documentación (informes de vida laboral, facturas de clientes y proveedores, cuentas anuales, modelos de retenciones de rendimientos del trabajo, de declaración de operaciones con terceros, del impuesto de sociedades, de retenciones de arrendamientos, etc) que se referiría a un amplio marco temporal (desde el ejercicio 2011 al 2015) y que pertenecía a cuatro diferentes sociedades BLOCK REAL SL, TODOLAC SL, BLOCK LACADOS MADRID SL Y MADRID BLOCK DESIGN SL. La petición se dirigía contra estas entidades y contra otras cuatro personas físicas, a las que por sus cargos o relaciones con aquellas también se les reclamaba que mostrasen la documentación social mencionada que pudiera estar en su poder.

El juez de lo mercantil rechazó la solicitud porque entendió que el gran alcance de la petición y la amplitud de la finalidad que se perseguía con ella resultaban incompatibles con el objeto para el que están legalmente diseñadas las **diligencias preliminares**. Advirtió, además, que la condición de administradora de BLOCK REAL SL de la peticionaria, D<sup>a</sup>. Graciela, no casaba bien con la solicitud por su parte de exhibición de documentación de esta entidad a la que debería haber podido acceder por sus propios medios.

En el escrito de recurso se nos alega por la defensa de D<sup>a</sup>. Graciela que lo único que pretende preparar la solicitante con la **diligencia preliminar**, tras recibir información sobre el destino del patrimonio social de BLOCK REAL SL, no es una acción de responsabilidad ni tampoco de rendición de cuentas, sino una reclamación de cantidad y que lo que persigue es delimitar su cuantía y contra quien la dirige. Sostiene además que el acceso por sí misma a la documentación social no le era posible, pues en su momento cesó en el cargo de administradora de BLOCK REAL SL, y fue con posterioridad cuando se produjo la creación de las otras sociedades a las que se refiere su solicitud. Reclama de este tribunal una interpretación flexible de la normativa que haga posible que se admitan las **diligencias** de exhibición de documentación que ha reclamado.

**SEGUNDO.**- En materia de **diligencias preliminares** rige el criterio de "numerus clausus" (como señaló el auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002), de modo que no cabe realizar cualquier solicitud preparatoria de un juicio sino que solo se pueden interesar por el futuro demandante las **diligencias** que están previstas en norma con rango de ley, es decir, las específicamente establecidas en el artículo 256.1, nº 1 a 8, 10 y 11 de la LEC, y además aquellas que, según el nº 9 del citado precepto legal, regulan las correspondientes leyes especiales para la protección de determinados derechos (tales como la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, la Ley 17/2001 de Marcas o la Ley 20/2003 de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

Es cierto que cabe que las previsiones contenidas en estos preceptos sean interpretadas de un modo flexible, para así facilitar a los interesados en interponer un litigio judicial que puedan obtener los elementos fácticos



que les permitan emprenderlo (en este sentido se pronuncian los autos de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de junio y 17 de julio de 2008, 19 de junio de 2009 y 15 de enero de 2010; el auto de 16 de junio de 2006 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres; el auto de 29 de abril de 2008 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; el auto de 8 de octubre de 2008 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra; y ese es el criterio asumido en la reunión celebrada el 23 de septiembre de 2004 para la unificación de criterios de los magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se acordó que " *las diligencias preliminares a que se refiere el artículo 256 LEC constituyen un numerus clausus, si bien debe hacerse una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva* "). Porque con la **diligencia preliminar** se pretende verificar si se dan o no los presupuestos legales para iniciar el correspondiente proceso y no sólo para poder fundar sino también para poder aquilatar los pedimentos, de todo orden, de la futura demanda. Se previene así la iniciación de litigios estériles, se facilita que las demandas se dirijan contra quién realmente merezca, prima facie, ser demandado, se evita que el demandante, que puede tener dificultades para aportar pruebas directas que sustenten su demanda, se embarque en un litigio a riesgo de perderlo y se posibilita que en el suplico de las demandas se precisen tanto las peticiones idóneas para la adecuada tutela de sus derechos como la cuantía de las indemnizaciones procedentes.

Ahora bien, el criterio de flexibilidad no significa que deba permitirse el que se trate de utilizar una previsión legal para una finalidad exorbitante a aquélla que habría de corresponderle con arreglo a una adecuada técnica procesal.

**TERCERO.** - El derecho de acceso a la documentación propia de terceros por vía de las **diligencias preliminares** (y ello, sin perjuicio, del que pueda lograrse, con respeto de las garantías procesales correspondientes, en sede de un ulterior litigio), y no es otra cosa lo que pretende la parte recurrente, está previsto para casos concretos previstos en el artículo 256 de la LEC, que atienden a la existencia de condiciones subjetivas específicas en el solicitante que justificarían que tuviera que permitírsele examinarla y, en su caso, obtener copia de ella (ser heredero, socio, comunero, perjudicado por un hecho cubierto por un seguro) o se refiere a la existencia de indicios de infracción en ámbitos que son objeto de singular protección legal (propiedad intelectual o industrial o previsiones de determinadas leyes especiales). Hay que tener presente, además, que la contabilidad y la documentación empresarial es objeto de una específica previsión legal, que vela por el respeto de su confidencialidad, que exige disponer de respaldo legal para poder exigir el acceso a la misma por parte de un tercero (artículo 32 del C. de Comercio) y ello, además, de manera restringida.

La recurrente no reúne, según se desprende del propio escrito de solicitud, las condiciones subjetivas requeridas por el artículo 256 de la LEC en lo que respecta a las entidades TODOLAC SL, BLOCK LACADOS MADRID SL Y MADRID BLOCK DESIGN SL. No es socia de ninguna de ellas, por lo que no puede invocar la previsión del nº 4 del artículo 256 de la LEC, de manera que no puede ampararse en dicho precepto legal, como pretende en su escrito de recurso, para exigir la práctica de la **diligencia preliminar** en lo que respecta a la documentación propia de dichas personas jurídicas.

Tampoco ha justificado la solicitante que con respecto a dichas sociedades se halle en ninguno de los ámbitos al que el mencionado precepto legal se refiere.

Otro tanto hemos de decir con respecto a la pluralidad de personas naturales que se citan en la solicitud de **diligencias preliminares**, porque la documentación que se les pide no es la perteneciente a ellos sino a las sociedades que también se mencionan en el referido escrito. Es por eso que el examen de la concurrencia de los requisitos legales debe serlo en relación con las referidas personas jurídicas, tal como hemos hecho precedentemente.

**CUARTO.** - La polémica quedaría reducida, por lo tanto, a la posibilidad de exigir la exhibición de documentación propia de la entidad BLOCK REAL SL, de la cual afirma la recurrente ser todavía socia y haber desempeñado en tiempo pretérito el cargo de administradora. Esa condición de socia sí podría ser incardinada en la previsión del nº 4 del artículo 256 de la LEC para poder acceder al procedimiento de **diligencias preliminares**. Sin embargo, que se produzca el encaje en ese apartado de la norma es condición necesaria, pero no suficiente, para que el juzgado deba decretar la práctica de las **diligencias**. Es preciso que la solicitante cumpla, además, todos los requisitos generales que son precisos para que resulte justificada la realización de la **diligencia preliminar**.

La solicitud de **diligencias preliminares** dirigida a un órgano judicial, aunque subyazca el derecho del interesado a obtener información suficiente para poder plantear un litigio, no supone, en modo alguno, que el juzgado deba limitarse a acordarlas, de modo automático, a resultas de la posibilidad del afectado de oponerse a su práctica. Por contra, se exige un juicio previo de admisibilidad por parte del juez, que deberá comprobar, desde el inicio, como exige el nº 1 del artículo 258 de la LEC, si la petición resulta debidamente justificada,



debiendo constatar lo siguiente: 1º) que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo; y 2º) que la **diligencia** que se le pide sea adecuada a la finalidad que el solicitante persigue. Si no se cumpliese alguno de estos requisitos deberá denegar la **diligencia** interesada.

El requisito de interés legítimo exigirá que el solicitante sea capaz de poner de manifiesto que se halla ante una situación de la que puede derivarse para él la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio de un modo cierto y efectivo. Para que la concurrencia de aquél pueda ser apreciada se exigirá un cierto esfuerzo del peticionario en concretar cómo se materializa el mismo.

El análisis de la justa causa entraña que la pretensión de práctica de la **diligencia** interesada habrá de responder a una necesidad que esté fundada en Derecho.

Por último, el juicio de adecuación a la finalidad perseguida se satisface con la comprobación de que la **diligencia** interesada es la idónea para obtener la información que se pretende, descartando la existencia de otros medios al alcance del solicitante para acceder a ella, y de que aquélla resulta precisa para preparar la demanda merced al ejercicio de las acciones cuyo propósito se anuncia por el solicitante.

**QUINTO.-** No se cumplen en el caso que nos ocupa las exigencias legales que acabamos de exponer.

En primer lugar, la documentación presentada con la solicitud revela que la demandante ostentaba el cargo de administradora solidaria de BLOCK REAL SL. Ella afirma en su escrito de recurso que ya cesó en su desempeño, pero no ha aportado rastro documental que justifique que ello hubiera sido así y desde qué momento, lo cual resultaría relevante para poder comprender, dada la amplitud de su petición, desde cuándo habría dejado de ostentar facultades para acceder por sí misma a la documentación social. Que conste la ruptura de su relación personal con el otro administrador, incluso en circunstancias extremas de enfrentamiento, no entraña, necesariamente, que dejara de ostentar la condición de administradora. Tampoco implicaría ello, de por sí, la imposibilidad de celebrar eventos sociales, tales como juntas, etc, pues la solicitante podría impulsarlas o solicitarlas, para acudir luego a ellos acompañada o utilizar la vía de la representación para garantizar su asistencia y el ejercicio de sus derechos societarios.

Además, aunque prescindieramos de ese cargo formal y nos ciñéramos exclusivamente a la mera condición de socia que invoca la solicitante surgirían entonces otros reparos en su contra. El Derecho mercantil y el Derecho procesal no constituyen sectores del ordenamiento jurídico que deban considerarse excluyentes, sino que, al contrario, ambos contribuyen, junto al resto de la normativa, a crear un marco armónico para el ejercicio de los derechos. De manera que es relevante tener presente, cuando se pretenda interesar la práctica de **diligencias** del artículo 256.1.4º de la LEC (única de las previsiones legales en esta materia de posible aplicación al caso), cuál es el marco societario concreto con relación al cual pretende ejercitar sus derechos el que se escuda en la condición de socio y, en concreto, cuál es el alcance que en el mismo tiene el derecho de información de éste. Efectuamos esa advertencia porque no parece admisible que si la normativa societaria impone determinadas condiciones y límites para el acceso al examen de la documentación que sirve de soporte y antecedente de las cuentas anuales, que en ningún caso puede ser indiscriminado, pueda el socio, que ni siquiera se ha molestado en tratar de justificar que cumpla con aquellas exigencias, utilizar el expediente de **diligencias preliminares** para soslayar una restricción legal reclamando la entrega de un amplísimo caudal de documentación correspondiente a todo un quinquenio. El expediente de **diligencias preliminares** no puede ser concebido como un fin en sí mismo, de manera que pueda convertirse como el instrumento utilizado para la satisfacción del derecho de información del socio. Para eso ya existen los cauces societarios previstos al efecto y la consecuencia para la sociedad que, conforme a ellos, no garantizase la efectividad de aquél sería el padecer la nulidad de los acuerdos sociales por ello afectados. La peticionaria no ha acreditado, sin embargo, que haya promovido, ni siquiera solicitado, para lo que en última instancia se puede recabar la colaboración del juzgado, la celebración de junta general, ni que haya reclamado, con arreglo a la normativa societaria, la puesta a su disposición de la información social que pudiera resultar procedente. Además, un eventual incumplimiento por parte de la sociedad, sea esporádico o incluso reiterado, no justificaría que el socio se estuviese sirviendo del expediente de **diligencias preliminares** como vía indirecta para la satisfacción del derecho de información, porque eso pervierte la finalidad procesal del mismo (la preparación del proceso) y supone soslayar los cauces establecidos en la normativa mercantil (que no permite el acceso indiscriminado y en cualquier caso a toda la documentación social que constituye el soporte de la contabilidad, sino que exige atenerse a los márgenes del derecho a información que merecería el socio, conforme a los vigentes artículos 93.d, 196 y 272.3 del TRLSC - en relación con el artículo 32 del C. de Comercio).

Por otro lado, aunque comprendemos que la práctica de la **diligencia preliminar** puede resultar decisiva para aquilatar, de modo definitivo, la acción a ejercitar, debería la solicitante haber efectuado un mínimo de esfuerzo en exponer ante el tribunal, con algo más de concreción, el propósito que le anima a interesar la práctica de las **diligencias**, a fin de que el órgano judicial pudiera efectuar el juicio correspondiente sobre interés





legítimo, justa causa y adecuación de la solicitud. Sin embargo, tal labor resulta imposible cuando lo que se nos alega en el escrito de recurso es que no se pretende preparar el ejercicio de acciones de responsabilidad ni de rendición de cuentas, sino meramente preparar una futura reclamación de cantidad contra alguna de las personas mencionadas en el escrito de solicitud (no sabemos si se refiere a las físicas o las jurídicas o con qué fundamento lo haría). El tenor de esta alegación excluye, por un lado, lo que pudiera, tal vez, haber conferido algún sentido a la práctica de las **diligencias** (eventuales acciones, bien social o bien individual, de responsabilidad contra un administrador social), y apunta, por otro, como causa de la petición a un motivo tan genérico e inconcreto, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, que hace imposible para este tribunal el poder motivar la existencia de justificación para la admisión a trámite de las **diligencias**. Comprendemos el interés que la recurrente pueda albergar en ejercitar acciones en defensa de cualquiera de los derechos que puedan asistirle, pero cuando se comparece ante un tribunal para reclamar la práctica de **diligencias** que interfieren en los derechos de tercero se debe efectuar un esfuerzo en tratar de justificar qué es lo que se pretende conseguir con ello, por qué no puede obtenerse de otro modo y para qué fin concreto y legítimo se pretende emplear la información que pueda forzarse a proporcionar a otro. De lo contrario, el trámite de las **diligencias preliminares** no estaría sometido a un filtro judicial, para lo que no basta con que el juez tenga que intuir la rectitud de la solicitud, sino que deben proporcionársele los mimbres de orden fáctico y jurídico para que pueda tejer una resolución motivada que sea favorable a la parte solicitante. Lamentablemente, no es éste el caso.

**SEXTO.**- Por todas las razones que hemos expuesto nos mostramos de acuerdo con la resolución denegatoria del juzgado, ya que la recurrente no ha cumplido los mínimos para que este tribunal pudiera anudar a la pretensión de la apelante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para poder tener derecho a exigir la práctica de **diligencias preliminares**. En consecuencia el recurso de apelación ha de ser desestimado.

**SÉPTIMO.**- Las costas derivadas de esta segunda instancia, si las hubiere, deberán ser soportadas por la parte recurrente, a tenor de lo establecido nº 1 del artículo 398 de la LEC, en relación con el artículo 394.1 del mismo cuerpo legal, para la desestimación del recurso

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, decretamos la siguiente

#### PARTE DISPOSITIVA

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Graciela contra el auto dictado el 1 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid en el seno de las **diligencias preliminares** nº 632/2016.

2º.- Imponemos a la parte recurrente las costas derivadas de su apelación.

Hacemos constar que contra esta resolución judicial no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.