



Roj: **AAP BU 37/2007 - ECLI: ES:APBU:2007:37A**

Id Cendoj: **09059370032007200031**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **06/06/2007**

Nº de Recurso: **203/2007**

Nº de Resolución: **247/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

AUTO: 00247/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : SAN JUAN 2

Telf : 947274394

Fax : 947279452

Modelo : AUR00

N.I.G.: 09059 38 1 2007 0000407

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000203 /2007

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS

Procedimiento de origen : MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0001171 /2006

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres.

Magistrados don JUAN SANCHO FRAILE, Presidente, don ILDEFONSO BARCALA FERNANDEZ,

y doña MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR , ha dictado el siguiente,

#### **AUTO N° 247**

En Burgos a seis de Junio de dos mil siete.

VISTO por esta Sección 003 de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0001171 /2006, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo 0000203 /2007, en los que aparece como apelante doña Inés representada por la procuradora doña ELENA COBO DE GUZMAN PISON, y asistida por el Letrado D. JOSE MANUEL ALONSO DURAN, y como apelado don Carlos Alberto , representado por la procuradora doña MERCEDES MANERO BARRIUSO, y asistida por la Letrada doña JIMENA BARRIUSO DIAZ. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ILDEFONSO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA que expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1º: Los de la Resolución recurrida que contiene la siguiente parte dispositiva: Estimar la petición de Medidas Cautelares solicitada por la Procuradora Sra. Manero Barriuso en la citada representación, consistentes en:



remitir oficio al Registro Mercantil de Burgos a fin de que se proceda a la anotación preventiva de la demanda presentada por la Procuradora Sra. Manero Barriuso en representación de D. Carlos Alberto en la inscripción registral correspondiente a la Mercantil "KAROLSIETE, S.L.", ordenándose al Sr. Registrador Mercantil de Burgos que se abstenga de proceder al nombramiento de un Auditor hasta tanto no resolviera el presente Procedimiento, previa la prestación de caución por importe de 1.000 Euros, en cualquiera de las formas admitidas en derecho, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de Inés, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado a la representación de don Carlos Alberto y **Abogado del Estado**, presentaron escritos de oposición a dicho recurso dentro del plazo que les fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 5-6-2007 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.-

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación contra el auto del Juzgado que acuerda sendas medidas cautelares en un recurso contra una resolución de la DGRN a tramitar este por el juicio verbal conforme a lo previsto por el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, consistentes en la anotación de la demanda en el Registro Mercantil y en la suspensión de los efectos de la resolución recurrida. Dicha resolución confirmaba la del Registrador Mercantil de Burgos y autorizaba la petición formulada por doña Inés de que se realizase una auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2004 en la mercantil Karolsiete SL de la que la misma es accionista, junto con su ex marido don Carlos Alberto. El citado Carlos Alberto es el que formula el recurso contra la resolución de la DGRN y el que solicita las medidas cautelares.

SEGUNDO.- Se comienza el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Inés poniendo de manifiesto el carácter ejecutivo de los actos de las administraciones públicas, teniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado este carácter al ser una Dirección General del Ministerio de Justicia conforme al artículo 4 del Real Decreto 1475/2004. En este sentido le es aplicable el artículo 56 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común que predica el carecer ejecutivo de los actos administrativos, sin que -como dice el artículo 111.1 - la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, suspenda la ejecución del acto impugnado.

Ahora bien, el artículo 111.2 continúa diciendo que "no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado". Establece dicho precepto una medida cautelar más de las muchas que en los últimos tiempos proliferaron al margen de la LEC de 1881 y cuya regulación procesal pretende unificar y sistematizar la LEC 2000 en sus artículos 721 y siguientes. De hecho el artículo 727 se refiere en su número 11 a "aquellas otras medidas que para la protección de ciertos derechos prevean expresamente las leyes o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayese en el juicio."

TERCERO.- Entrando ya en lo que constituyen los presupuestos para la adopción de toda medida cautelar, se echa de menos en el auto recurrido que en el mismo solo se examine el riesgo de mora procesal, y que sin embargo se pase por alto la apariencia de buen derecho que, como dice el artículo 728.2 de la LEC, es un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, que no juzgue el fondo del asunto, pero que de alguna manera califique la bondad de los planteamientos del solicitante de la medida.

En efecto, en el supuesto de autos el Juzgado al que corresponde el conocimiento de los asuntos atribuidos a la jurisdicción mercantil se decide por acordar la medida cautelar de suspensión del nombramiento de un auditor porque "si no se suspendía cautelarmente la práctica de dicha auditoría quedaría totalmente sin efecto el contenido de la sentencia en el caso de que fuera estimatoria de la demanda". Ahora bien, si el único fundamento para retrasar el nombramiento de un auditor es que, en caso contrario, quedaría sin efecto el contenido de una eventual sentencia estimatoria, ello es algo como decir que la adopción de la medida cautelar se justifica por el solo hecho del riesgo de mora procesal, que el artículo 728.1 de la LEC define como aquel



riesgo de que puedan producirse durante la pendencia del proceso "situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pueda otorgarse en una eventual sentencia estimatoria".

Debemos por lo tanto suplir la falta de apreciación por el Juzgado de la apariencia de buen derecho, si queremos mantener ambas medidas cautelares en la forma en la que han sido acordadas por el Juzgador de instancia, tanto la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil como la suspensión cautelar del acuerdo de la Dirección General. Pues bien, la resolución de la DGRN de fecha 23 de agosto de 2006 reconoce a la demandada legitimación para instar el nombramiento de una auditoria, conforme a lo previsto en el artículo 205.2 de la LSA, por ser cotitular en régimen **ganancial** de al menos el 5% del capital social de la mercantil Karolsiete SL y considerar que estamos en presencia de un acto de administración del patrimonio **ganancial** para lo cual ambos cónyuges tienen legitimación conforme al artículo 1384 del Código civil. Sin embargo, nada se dice en la resolución recurrida sobre lo acertado o no del planteamiento de la demanda de impugnación, es decir, si en los casos de cotitularidad de acciones, como puede ser el caso de unas acciones que pertenezcan a la sociedad de **gananciales**, resulta o no de aplicación lo previsto en el artículo 35 de la LSRL ( artículo 66 LSA ) sobre que "en caso de copropiedad sobre una o varias **participaciones** sociales, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición". Este es el principal argumento utilizado en la demanda para entender que, mientras no se haga esta designación, la única persona que puede ejercitar los derechos de socio es aquella que figura como titular formal de las **participaciones**, en este caso don Carlos Alberto. Sobre este argumento utilizado por el recurrente la DGRN no se pronuncia en su resolución de 23 de agosto de 2006, y en consecuencia será en la sentencia que resuelva el recurso donde deba hacerse pronunciamiento sobre el particular, lo que conlleva sin más una cierta apariencia de buen derecho al no poder extenderse la presunción de corrección de las resoluciones de la Dirección General a cuestiones y motivos que no ha tenido ocasión de examinar. Por lo demás, se trata de una sociedad de **gananciales** ya disuelta, pero no liquidada, a la que dudosamente puede aplicarse la doctrina de los actos de administración conjunta y solidaria de cualquiera de los cónyuges.

CUARTO.- El recurso de la parte demandada debe estimarse por lo menos en el punto relativo a las costas procesales. El artículo 736.1 LEC solo se remite al artículo 394 en materia de costas para cuando se deniega la medida cautelar, y no establece nada para el supuesto de estimación de la medida. En este caso tan solo se prevé la imposición de costas cuando, adoptada una medida cautelar inaudita parte, se siga un juicio de oposición en el que se confirme la medida en sus mismos términos, en cuyo caso sí dice el artículo 741.2 que se condenará en costas al opositor. Por ello, si la ley guarda silencio en los demás casos es que, o bien no deberá hacerse imposición de costas, quedando subordinada la imposición a lo que se decida en el juicio principal (criterio de la AP Baleares Sección 3ª de 21 de enero de 2005), o bien deberá seguirse el criterio de la temeridad en la oposición. En el supuesto de autos no se considera temeraria la oposición de la parte demandada, por lo que no procede su condena en costas. Las de esta alzada tampoco se imponen por haberse estimado el recurso en este punto, y conforme al artículo 398.2 LEC.

Por todo lo expuesto, la Sala ACUERDA:

#### PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Elena Cobo de Guzmán Pisón contra el auto del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Burgos de fecha 24 de enero de 2007 que se revoca en el único sentido de no hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia. Tampoco se hace imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.