



Roj: **AAP M 793/2015 - ECLI: ES:APM:2015:793A**

Id Cendoj: **28079370282015200128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **11/09/2015**

Nº de Recurso: **168/2015**

Nº de Resolución: **175/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0068873

Recurso de Apelación 168/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid

Autos de Medidas Cautelares 282/2014

Apelante: D./Dña. Eulalia y D./Dña. Petra

PROCURADOR D./Dña. JOSE JOAQUIN NUÑEZ ARMENDARIZ

Apelado: PORTOCARRIO VIVIENDAS SL

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

#### **AUTO nº 175/2015**

En Madrid, a 11 de septiembre de 2015.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Pedro M<sup>a</sup> Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 168/2015, la pieza de medidas cautelares del procedimiento nº 282/2014, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, referente a un litigio en materia de Derecho de sociedades.

Han actuado en representación y defensa de las partes, como apelante, el Procurador D. José Nuñez Armendariz y la Letrado D<sup>a</sup>. Yasmina Najib Salgado por D<sup>a</sup>. Eulalia y D<sup>a</sup>. Petra , y, como apelado, el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y el Letrado D. Manuel Álvarez Díez por PORTOCARRIO VIVIENDAS S.L. .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid se dictó auto, con fecha 31 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva establece:

"Se desestima la solicitud de Medidas Cautelares coetáneas formuladas por el Procurador DON JOSÉ JOAQUÍN NUÑEZ ARMENDARIZ, actuando en nombre y representación de DOÑA Eulalia y DOÑA Petra frente a DON Severino , y las mercantiles PORTOCARRIO, S.L., PORTOCARRIO VALORES, S.L., PORTOCARRIO VIVIENDAS, S.L. y PORTOCARRIO AGRICOLA, S.L., representados por el procurador D. FRANCISCO ABAJO ABRIL.

Las costas se imponen a la actora por lo expuesto en el último razonamiento jurídico. "

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D<sup>a</sup>. Eulalia y D<sup>a</sup>. Petra se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el juzgado y tramitado en legal forma.

La remisión de los autos a esta Audiencia Provincial, donde tuvieron entrada con fecha 10 de abril de 2015, ha dado lugar 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 10 de septiembre de 2015.

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

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

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las demandantes, D<sup>a</sup>. Eulalia y D<sup>a</sup>. Petra , han emprendido un litigio cuyo resultado esperan que sea la declaración de nulidad de las operaciones de transmisión de participaciones sociales de las entidades ESBLADA SL y PORTOCARRIO SL, formalizadas mediante escritura pública de 7 de diciembre de 2009, invocando para ello el que para su adquisición se habría prestado una asistencia financiera que contravendría lo previsto en la normativa aplicable al efecto. Las demandantes aspiran a recuperar la titularidad de las participaciones sociales objeto de dicha operación o, en su defecto, lo que les pueda corresponder en participaciones en las entidades que posteriormente fueron fruto de la escisión de las sociedades cuyas participaciones fueron objeto del negocio que es objeto de denuncia de nulidad. Consideran las actoras que este tribunal debería concederles, para asegurar la efectividad de la tutela judicial que persiguen en el proceso principal, la medida cautelar consistente en la anotación de su demanda en el Registro Mercantil, en la hoja abierta a cada una de las sociedades que han sido el ulterior fruto de la escisión de las entidades ESBLADA SL y PORTOCARRIO SL, que se denominan PORTOCARRIO SL, PORTOCARRIO AGRÍCOLA SL, PORTOCARRIO VIVIENDAS SL y PORTOCARRIO VALORES SL.

La medida cautelar fue denegada en la primera instancia, en la que se negó que la misma fuera la adecuada para lo que podría ser objeto de protección como consecuencia de la resolución del litigio principal e incluso se llegó a poner en entredicho por la juzgadora la concurrencia de la premisa del "periculum in mora", ante la tardanza excesiva en haber solicitado su adopción.

SEGUNDO.-Este tribunal debe recordar que la adopción de medidas cautelares exige la concurrencia de los presupuestos legalmente previstos en los artículos 726 (ser exclusivamente conducente a posibilitar la efectividad de la futura sentencia -carácter instrumental y además adecuado de la medida para la protección del derecho objeto de controversia- y suponer la solución menos gravosa en el caso de que se trate -proporcionalidad) y 728 de la LEC ("fumus boni iuris", "periculum in mora" y ofrecimiento de caución).

Hemos de subrayar que se trata de requisitos que han de concurrir de modo cumulativo, de manera que la falta de cualquiera de ellos conllevaría la improcedencia de que se decretase la medida cautelar que hubiera podido ser interesada por la parte demandante.

Esto permite al tribunal, cuando las partes le plantean reparos que afectarían a varios de ellos, enfocar su análisis en el que considere que, por razones del caso, merece especial atención, especialmente si es en él donde puede radicar la clave para la suerte del otorgamiento de la tutela cautelar.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones permiten que nos centremos en el presente caso en la premisa de la instrumentalidad de la medida cautelar (exigida por el artículo 726 de la LEC ), la cual supone, en sentido estricto, que ésta no pueda constituir un fin en sí misma, sino que deba ser un instrumento accesorio del proceso principal que la ley articula para hacer posible que la tutela judicial que en él se pretende resulte efectiva. Para que ello pueda producirse será necesario, además, que los efectos jurídicos que se persigan con la medida estén directamente relacionados con los de la sentencia que eventualmente debería resolver el litigio principal en favor del solicitante de la tutela cautelar, lo que exige el planteamiento de una medida adecuada para la protección del derecho objeto de controversia (se habla así de la necesidad de idoneidad de la medida porque deba tener conexión con el previsible resultado del litigio que se pretende proteger). Ello podrá conseguirse mediante la conservación de una determinada situación previa al conflicto, mediante el aseguramiento de lo que se pretenda obtener o incluso mediante una satisfacción anticipada, con carácter provisional, de la pretensión esgrimida, de modo que, mientras dura el trámite procesal, que exige unas garantías que implican la inversión de tiempo, no se consumen situaciones incompatibles con las expectativas de defensa de los derechos con las que se acudió a juicio. La idoneidad de la medida cautelar se debe valorar, por lo tanto, en función de la necesidad de garantizar lo que el juez pudiera tener que fallar o de anticipar provisionalmente los efectos de esa futura resolución judicial.

CUARTO.- Estamos en el presente caso ante un claro caso de falta de idoneidad de la medida solicitada. Ya hemos tenido ocasión de analizar peticiones similares a ésta, como hicimos en el auto de la sección 28<sup>a</sup> de la AP de Madrid de 10 de mayo de 2013 , cuya misma línea argumental seguimos en la presente resolución, pues el problema jurídico al que nos enfrentamos entonces era muy similar. El equivocado planteamiento de la parte actora, solicitante de la medida cautelar, que volvemos a detectar en el presente caso, es el de confundir el Registro Mercantil con un censo de socios de las entidades mercantiles o con una oficina para hacer constar las



incidencias de cualquier negocio jurídico que pueda referirse a las acciones o participaciones de una sociedad mercantil, lo cual supone un flagrante error de concepto.

El Registro Mercantil se rige por el criterio de "numerus clausus", tal como se desprende de los artículos 16 y 22 del Código de Comercio y 94 y 175 del Reglamento del Registro Mercantil, de modo que no todo acto, negocio jurídico o resolución administrativa o judicial que tengan relación con una sociedad es susceptible de inscripción o anotación registral, sino únicamente aquellos en que así lo admita una norma con rango de Ley o, excepcionalmente, el Reglamento del propio Registro (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de octubre de 2001 y 5 de octubre de 2002, entre otras). Es por ello que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha insistido en que los actos relativos a la transmisión de acciones de una sociedad (con excepciones tasadas que más adelante se indicarán) no tienen acceso al Registro Mercantil.

Como señala la Resolución de 23 de mayo de 2000: "[...] nuestro Registro Mercantil ... no tiene por objeto, respecto de las sociedades anónimas, la constatación y protección sustantiva del tráfico jurídico sobre las acciones en que se divide el capital social, sino la de la estructura y régimen de funcionamiento de tales entidades. Salvo en el momento inicial de la constitución de la sociedad anónima y en el caso de unipersonalidad sobrevenida o de cambio de socio único [cfr. artículos 8.c) de la Ley de Sociedades Anónimas y 114.1.1.º y 203.2 del Reglamento del Registro Mercantil], la titularidad de las acciones fluye al margen del Registro Mercantil...; las acciones, en función de su forma de representación, y de su carácter nominativo o al portador, si se representan por medio de títulos, tienen un régimen de legitimación y una ley de circulación que opera al margen del Registro Mercantil, y a ello deberán adaptarse las medidas cautelares judicialmente ordenadas, sin que pueda pretenderse que por el solo reflejo tabular queden alteradas las reglas sobre su tráfico o las de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales (vid. las Resoluciones de 27 y 28 Dic. 1990)".

Y la Resolución de 30 de octubre de 2001 señala que: "[...] la titularidad de las acciones es algo ajeno a la publicidad registral precisamente porque no son objeto de inscripción los actos y negocios por medio de los cuales se transmiten, se constituyen gravámenes sobre ellas, se someten a ejecución forzosa o se resuelve en vía judicial sobre su propiedad. Ante ello habrá que concluir que la existencia de un procedimiento judicial en que se ventila la titularidad de determinadas acciones, sea por vicios del título de adquisición, sea por infracción de una restricción estatutaria en orden a su transmisión, tampoco habrá de ser objeto de publicidad a través de la anotación preventiva de la demanda correspondiente [...]. Ese juego de la anotación preventiva alcanza en el ámbito del Registro Mercantil, que lo es de sujetos, un juego muy inferior al que puede desplegar en los registros de bienes, registros de derechos necesitados en ocasiones de protección durante su proceso formativo. En aquel esa finalidad preventiva se dirige a la publicidad provisional bien de los actos inscribibles que por defectos subsanables u otras causas no son de momento susceptibles de inscripción, bien de la existencia de procedimientos judiciales en los que está sujeto a controversia la validez de un acto inscrito o al menos inscribible, o bien la propia existencia y capacidad del propio sujeto inscrito. Por el contrario, no pueden ser objeto de anotación los procedimientos judiciales o administrativos que no se refieran a actos inscribibles, sea para impugnarlos, modificarlos o declarar su existencia, pues en tales casos la sentencia que recaiga no determinará una inscripción, ni de forma directa ni por conversión de la anotación, ni la cancelación de una inscripción ya practicada".

Si bien las resoluciones que hemos citado se refieren a sociedades anónimas, la originalidad que para las sociedades de responsabilidad limitada representaba el último párrafo del artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, a tenor del cual "La transmisión de participaciones sociales ... se inscribirá en el Registro Mercantil", desapareció con la reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio. De este modo, a partir de entonces, el régimen expuesto en los párrafos precedentes respecto de la sociedad anónima se consideró extensivo in totum a la sociedad de responsabilidad limitada (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero y 5 de octubre de 2002 y 29 de abril de 2003). El panorama no varió con ocasión de la Ley 2/1995 ( artículo 26) ni, después, en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 106).

De manera que supone una medida absolutamente inidónea el pretender, en sede de un litigio en el que se persigue la declaración de nulidad de una operación de transmisión de participaciones sociales de unas sociedades de responsabilidad limitada, que se decrete judicialmente la cautela de anotación de la demanda en el Registro Mercantil, en las hojas correspondientes a las entidades a las que se refieren las participaciones objeto de liza o en otras que correspondan a las que hayan podido ser fruto de una transformación estructural de las mismas, pues quien deba ostentar la titularidad de las participaciones sociales a las que se refiere la litis y el cómo haya de efectuarse una eventual restitución de las mismas, o compensar por ello, no es un hecho que haya de tener trascendencia registral. La anotación no puede exigirse invocando simplemente la pertinencia de dar publicidad registral a una situación litigiosa, a modo de altavoz de la existencia de una discordia de



ámbito societario, ya que no es ésta una de las finalidades del Registro Mercantil, sino sólo en cuanto fuera imprescindible para evitar que pudiera resultar desvirtuada la eficacia del futuro pronunciamiento judicial. Por lo tanto, si las consecuencias de lo que se falle judicialmente en el presente litigio deben ventilarse al margen de lo registral carece de idoneidad para garantizar su posible resultado el empeñarse en solicitar la adopción de cautelas en ese ámbito. Se trata de una razón suficiente para la denegación de la petición de la parte actora, sin necesidad de tener que abundar en ninguna otra adicional.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta segunda instancia deben ser impuestas a la parte apelante, al resultar improcedente la adopción de las medidas que interesaba, y, por lo tanto, desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el nº 1 del artículo 398 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, este tribunal pronuncia la siguiente

#### **PARTE DISPOSITIVA**

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Eulalia y D<sup>a</sup>. Petra contra el auto dictado el 31 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid en el seno de la pieza de medidas cautelares del proceso nº 282/2014.

2.- Imponemos a la parte apelante las costas derivadas de su recurso.

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.