

NOTA URGENTE

PARALIZACIÓN DE LA ORDEN QUE OBLIGA A LAS COMPAÑÍAS A DEPOSITAR LAS ACTAS INTEGRAS EN EL REGISTRO MERCANTIL

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha resuelto, con fecha 27 de Abril, la suspensión cautelar de la instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado en la que se solicitaban, conjuntamente con el depósito de los libros contables, las actas de las sociedades.

Esta medida reviste una gran trascendencia ya que el plazo para el depósito de las actas finalizaba el 30 de Abril de este año.

Las sociedades podrán continuar con el sistema vigente hasta la fecha, consistente en cumplimentar los libros diligenciados en el registro mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad.

La obligación del depósito de las actas derivaba de una Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado, que fue recurrida ante los tribunales, que han estimado dejar en suspenso cautelar la obligación del depósito.

La base del recurso está fundamentado, básicamente, en la vulneración de la confidencialidad que lleva aparejada el depósito de las actas íntegras que recogen los acuerdos societarios.

Esta medida habrá sido muy controvertida por amplios sectores del empresariado.

La suspensión cautelar, no supone que la instrucción haya quedado anulada, sino que únicamente ha sido suspendida cautelarmente, por lo que habrá que estar al resultado del contencioso.



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Sexta
C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004
33016340
NIG: 28.079.00.3-2015/0007219



Pieza de Medidas Cautelares 259/2015 - 02 (Procedimiento Ordinario)

De: EMISORES ESPAÑOLES

PROCURADOR D./Dña. MARIA PAULA VALLE ROBLES

Contra: DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° 84

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. M^a TERESA DELGADO VELASCO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

D./Dña. EVA ISABEL GALLARDO MARTÍN DE BLAS

En la Villa de Madrid, a 27 de abril de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Mediante escrito de 15 de abril de 2015 la asociación sin ánimo de lucro constituida por **empresas cotizadas españolas EMISORES ESPAÑOLES** interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Instrucción dictada con fecha 12 de febrero de 2015 de la Dirección General de Registros y Notariado/DGRN), sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los **Emprendedores y su Internacionalización**, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado ("BOE" n°40 de 16 de febrero de 2015; y solicitando mediante otrosí la suspensión de la ejecución de la referida Instrucción.

SEGUNDO.- De esta petición se dio oportuno traslado al Abogado el Estado, con el resultado que obra en autos.

Aportó el Abogado del Estado alegaciones con fecha 21 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Establece el artículo 130.1 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, previa

valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición recurrida pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Antes de nada , y con esta base normativa , conviene hacer una serie de **precisiones** al respecto para entender los argumentos de la parte actora.

La primera –derivada inevitablemente de ese precepto- es que conforme a una consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, advertida en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), que se transcribe en el Auto de 16 de julio de 2004 (R 46/2004 (JUR 2005, 441)), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con **las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución** que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil .En el caso analizado, la medida cautelar que se interesa consiste concretamente en la suspensión de la Instrucción dictada con fecha 12 de febrero de 2015 de *la Dirección* General de Registros y Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

La segunda precisión se refiere a que por el mero hecho de que la Instrucción de la DGRN pueda ser una disposición de carácter general que goza de la correspondiente presunción de legalidad ello no impide de por sí la adopción de la medida cautelar solicitada. Pues de aceptarse tal argumento, se incurriría en una falacia: si el interés general radica en la presunción de legalidad de las disposiciones de carácter general, en tal caso sería imposible que se acordase medida cautelar alguna contra las mismas. Pero los Tribunales se han pronunciado en numerosos casos en los que se han aplicado medidas cautelares sobre disposiciones de carácter general (nos remitimos a las sentencias a las que ya nos hemos referido anteriormente para evitar reiteraciones innecesarias).

Y la tercera precisión nos lleva a recordar también que lo único que la Dirección General de los Registros y del Notariado puede hacer es aprobar circulares y órdenes de servicio dirigidas exclusivamente a los Registradores, de conformidad con el art. 21 de la Ley 30/1992, con el Real Decreto 453/2012 de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia , con el artículo 23 de la Ley 50/1997 y con el 345 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero no tiene

facultad reglamentaria. Límites competenciales objetivos que se han de poner en relación con la Instrucción que nos ocupa.

Y la última precisión se refiere al plazo de entrada en vigor de esa disposición pues aunque la Instrucción entró en vigor el 8 de marzo de 2015, su verdadera aplicación efectiva, según sus secciones 3^a, 5^a, 7^a y 10^a, tendría lugar el 30 de abril de 2015 cuando finaliza el plazo de 4 meses desde el cierre del ejercicio social para la presentación de libros pues suele ser coincidente con el año natural.

Los argumentos que utiliza la sociedad actora EMISORES ASOCIADOS son los siguientes:

1- Que por el tenor y contenido del apartado 25^a de la Instrucción, y a pesar de su denominación y del órgano que la ha dictado, tiene naturaleza jurídica de disposición de carácter general, y sus efectos se despliegan hacia una pluralidad indeterminada de sujetos, que, como destinatarios de la Instrucción, deben acatar su contenido; y esa pluralidad indeterminada abarca, en realidad, un ingente número de sujetos, pues la Instrucción resulta de aplicación a todos los empresarios constituidos en España (además de a los Registradores), lo que incluye la totalidad de sociedades de capital y, además todas las "uniones temporales de empresas, comunidades de bienes, asociaciones de cualquier clase, fundaciones y otras personas físicas y jurídicas obligadas a llevar una contabilidad ajustada a las prescripciones del Código de Comercio"..... Por lo que su ámbito subjetivo de aplicación excede, con mucho, de los Registradores del Registro Mercantil, abarcando también a las empresas y comunidades referidas y a los funcionarios competentes como a todos los operadores jurídicos que se relacionan con la materia.. Concluye pues que la Instrucción excede absolutamente de lo dispuesto en dicho art. 21 de la Ley 30/1992.

2- Que la Instrucción, en muchos de sus apartados, no MERAMENTE desarrolla la Ley 14/2013, sino que va más allá, de tal manera que está innovando el ordenamiento, lo que le está vedado a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los siguientes aspectos de la Instrucción que suponen una clara extralimitación respecto de lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 14/2013 según la asociación actora son los siguientes:

- (a) De la Instrucción se desprende **que los libros pasarán a ser legalizados e incorporados a los ficheros del Registro Mercantil, lo que abarca igualmente y de forma *EX NOVO* el contenido de dichos libros.**
- (b) La **sección 15ª de la Instrucción** exige que, para permitir que ciertas actas se incorporen al correspondiente libro con posterioridad a su legalización, la Junta General de la sociedad deberá **ratificar tales actas. Ello supone una flagrante extralimitación de la Instrucción, pues entra a regular las funciones de la Junta General,** innovando el ordenamiento jurídico y, en concreto, lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, "TRLSC").

(c) Porque la **sección 26ª de la Instrucción extiende su aplicación subjetiva no sólo a los empresarios sino además a "uniones temporales de empresas, comunidades de bienes, asociaciones de cualquier clase, fundaciones u otras personas físicas y jurídicas obligadas a llevar una contabilidad ajustada a las prescripciones del Código de Comercio".** Dice que estas entidades no mercantiles, como asociaciones y fundaciones, que se regulan por sus propias leyes (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, de reguladora del Derecho de Asociación y Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones -aprobado por Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre-; Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal -aprobado por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre-; etc.), y ninguna de esas normas prevé que tales entidades deban realizar actuaciones ante el Registro Mercantil, sino, en su caso, ante otros registros (el Registro de Asociaciones, el Registro de Fundaciones, etc.).

(d) Porque la **sección 22ª de la Instrucción regula la manera en que los Registradores librarán certificación a petición judicial para acreditar las legalizaciones practicadas y que éstas tengan valor probatorio.** Además, regula en concreto, la posibilidad de que terceros puedan requerir al Registro Mercantil **que expida certificaciones con valor probatorio,** tal como se deduce de esa sección 22ª de la instrucción, que es una cuestión **que no está regulada ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en ninguna otra ley.**

Algo que, claramente, es una extralimitación evidente, tanto del contenido de la Ley 14/2013 como del propio de la LECivil. Así, la Instrucción entra a regular aspectos procesales, más allá de los mercantiles, pretendiendo desarrollar no ya el art. 18 de la Ley 14/2013 sino además la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil ("LECivil"), de 7 de enero. Porque además, y *en* concreto, la posibilidad de que terceros puedan requerir al Registro Mercantil que expida certificaciones con valor probatorio, tal como se deduce de esa sección 22ª de la instrucción, es una cuestión que no está *regulada ni en* la LE Civil ni en ninguna otra ley.

3-Que la Instrucción excede absolutamente de lo dispuesto en dicho art. 21 de la Ley 30/1992. En efecto, *el artículo 21 sobre Instrucciones y órdenes de servicio regula que "Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.*

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda".

4- Que hay extralimitaciones múltiples de la Instrucción por desarrollo *ex novo*, porque la Instrucción, en muchos de sus apartados, no desarrolla la Ley 14/2013, sino que va más allá, de tal manera que está innovando el ordenamiento lo que le está vedado a la Dirección General de los Registros y del Notariado al regular cuestiones que exceden de lo previsto en el art. 18 de la Ley 14/2013., ya que de la Instrucción se desprende que los libros pasarán a ser legalizados e incorporados a los ficheros del Registro Mercantil, lo que abarca igualmente el contenido de dichos libros.

Además la sección 15ª de la Instrucción exige que, para permitir que ciertas actas se incorporen al correspondiente libro con posterioridad a su legalización, la Junta General de la sociedad deberá ratificar tales actas. Ello supone una flagrante extralimitación de la Instrucción, pues entra a regular las funciones de la Junta General. También la sección 26ª de la Instrucción, extiende su aplicación no sólo a los empresarios sino además a "uniones temporales de empresas, comunidades de bienes, asociaciones de cualquier clase, fundaciones u otras personas físicas v jurídicas obligadas a llevar una contabilidad ajustada a las prescripciones del Código de Comercio".

5-Porque concurre una clara falta de potestad reglamentaria(regula en el artículo 23 de la LEY 50/1997) en la Dirección General al observarse los términos de la Instrucción, pues no debe olvidarse cuáles son las funciones que se atribuyen a la Dirección General de los Registros y del Notariado que vienen reguladas en el art. 9 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Justicia. Tampoco amparadas por el artículo 23 de la Ley 50/1997 sobre potestad reglamentaria ni por el 21 de la Ley 30/1992, ni ha concurrido el procedimiento legalmente previsto en el artículo 24 de la Ley 50/1997. Aunque estas cuestiones por pertenecer su dilucidación al fondo del asunto, las hace la recurrente de manera meramente indiciaria o apriorística remitiéndose a la decisión que la Sala adopte respecto del fondo de la cuestión.

6- Porque se podría dar lugar a incurrir en riesgo gravísimo de responsabilidad por parte de los administradores de las sociedades que en caso de dar cumplimiento a la Instrucción estarían incumpliendo, necesariamente, otras obligaciones previstas en distintas normas, todas ellas de mayor rango normativo *que* la Instrucción, especialmente en lo que se refiere a los deberes de confidencialidad.

7- Porque asimismo, concurriría riesgo gravísimo de acceso a información confidencial y privilegiada por parte de cualesquiera personas, especialmente competidores y contrapartes, debido a la ineficiente regulación contenida en la Instrucción por la ausencia de protocolos para evitar un uso indebido de la información confidencial y/o privilegiada por parte de los Registradores y demás personal del Registro Mercantil sin protocolo de actuación para evitarlo. Por lo que se desprende un gravísimo riesgo de que esa misma información confidencial y privilegiada caiga en manos de terceros. Ya que la información que consta en el Registro Mercantil es de libre acceso al público, de tal manera que cualquier sujeto puede dirigirse a él para obtener información de cualquier empresa.

8- Porque los perjuicios relativos a la falta de control sobre la información confidencial y privilegiada del secreto empresarial vertidos en los libros a legalizar presentados en el Registro mercantil y derivados de la aplicación de la Instrucción anteriormente puestos de relieve no podrán ser subsanados ni compensados, por lo que debe decretarse la suspensión de la Instrucción: los perjuicios que se ocasionarían con la aplicación de la Instrucción serían de tal magnitud que una eventual sentencia estimatoria llegaría demasiado tarde y no habría compensación suficiente para paliar todo el daño que se provocaría. Siendo imposible cuantificar el daño si esa información fuese indebidamente utilizada y, por desgracia, en tanto la Instrucción no contiene ninguna regulación sobre controles para evitar un acceso y uso indebidos a esa información, resulta imposible protegerla.

9- Porque –según dice la actora- la Instrucción supone un cambio radical en la tendencia que numerosos Registros Mercantiles estaban aplicando incluso después de la entrada en vigor de la Ley 14/2013, pues la aplicación práctica de este precepto ha sido heterogénea por parte de los distintos Registros Mercantiles que no han seguido criterios uniformes y que el precepto ha generado mucha confusión y división de opiniones, no sólo a nivel doctrinal o entre los empresarios para darle cumplimiento, sino también entre los propios Registros Mercantiles, que han seguido distintas interpretaciones

10-Que el efecto que se producirá si la Instrucción no es suspendida será completamente opuesto al perseguido por la Ley 14/2013 y la normativa reguladora de la legalización de libros mercantiles , esto es la fidelidad en la recopilación de información sobre la actuación llevada a cabo por las empresas.

En la tesis contraria argumenta el Abogado del Estado , como motivos de oposición frente a la suspensión solicitada, los siguientes:

1-----Que **no procede estimar la solicitud de contrario en virtud de un supuesto "fumus bonis iuris"**. Pues en particular, en relación a la "apariencia de buen derecho" o "fumus bonis iuris" como fundamento de la adopción de la medida de suspensión del acto administrativo, el Tribunal Supremo viene aplicando un criterio restrictivo, según declara el Auto de 4 de septiembre de 1992 , "sin *que* de ningún modo pueda prejuzgar el fondo de la cuestión debatida;

2-----Que algo análogo ocurre con las alegaciones de nulidad de pleno derecho del acto impugnado, cuya prosperabilidad (salvo rara excepción), siempre supone una invitación a entrar en el fondo del asunto, limitándose a la nulidad de un acto que aplica un Reglamento ya anulado o un acto idéntico a otro ya anulado. Por ello, no debe entrarse a determinar si el demandante tiene más o menos razón, cuestión de fondo, sino atenernos a lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción.

3-----Que con la suspensión se ocasionaría un grave perjuicio para el interés público, pues en el caso de autos, el nuevo sistema no podría implementarse, con daño al interés general; y viéndose notoriamente afectado el interés público por la suspensión si ésta fuera acordada, debe rechazarse la petición de suspensión realizada de contrario.

4-----Que no se ocasionarían perjuicios concretos para el recurrente de reparación imposible ni se especifican tampoco de manera concreta qué perjuicios se ocasionarían a terceros, pues a los administradores el cumplimiento de la Instrucción no puede generarles responsabilidad pues su actuación sería por mandato de la Administración.

A mayor abundamiento, los perjuicios que podrían ocasionarse para el recurrente por la dilación del proceso (*"periculum in mora"*), no los concreta la actora en modo alguno, aunque se diga que "son de tal magnitud que una eventual sentencia estimatoria llegaría demasiado tarde".

SEGUNDO. Comenzaremos exponiendo el tenor del artículo 18 que es el que desarrolla la Instrucción según su exposición de motivos y su sección 15ª. El art. 18 de la Ley 14/2013 es del siguiente tenor: "Artículo 18":

“Legalización de libros.1. Todos los libros que obligatoriamente deban llevar los empresarios con arreglo a las disposiciones legales aplicables, incluidos los libros de actas de juntas y demás órganos colegiados, o los libros registros de socios y de acciones nominativas, se legalizarán telemáticamente en el Registro Mercantil después de su cumplimentación en soporte electrónico y antes de que trascurren cuatro meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio.

2. Los empresarios podrán voluntariamente legalizar libros de detalle de actas o grupos de actas formados con una periodicidad inferior a la anual cuando interese acreditar de manera fehaciente el hecho y la fecha de su intervención por el Registrador.

3. El Registrador comprobará el cumplimiento de los requisitos formales, así como la regular formación sucesiva de los que se lleven dentro de cada clase y certificará electrónicamente su intervención en la que se expresará el correspondiente código de validación.”

Esta Ley introdujo la obligación de cumplimentar los libros obligatorios de los empresarios en soporte electrónico y su legalización por medios telemáticos. Así pues se modificó el régimen legal de la llevanza de libros y la legalización de libros de los empresarios.

La Instrucción en su exposición de motivos establece como fines de la misma la unificación de criterios, dar mayor claridad, mayor economía y seguridad en el trámite de la legalización de libros, o reducir tiempo y tamaño y simplificar el sistema de empaquetado de archivos con respecto al formato de los soportes de ficheros anteriores previstos en la Instrucción de la DGRN de 31 de diciembre de 1999.

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en

consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

No conviene olvidar antes de entrar en el estudio del caso concreto que la doctrina del Tribunal Supremo sobre las medidas cautelares plasmada en la sentencia de 27 de marzo de 2014, se puede resumir de la siguiente forma:

“La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997 (RJ 1997, 5049): "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El periculum in mora, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo

inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma

circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (A TS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJCA no hace expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC 1/2000 que sí alude en su artículo 728 a este criterio.

“No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, A TS 14 de abril de 1997 (RJ 1997, 2852), de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz)”;.....pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de esa doctrina al señalar que "..... de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito”"

Pues bien, con estos parámetros , coincidimos con el Abogado del Estado en que no se debe entrar a determinar ahora la legalidad del procedimiento de confección de la Instrucción, ni el alcance reglamentario o no de la misma , ni la adecuación o no de su naturaleza a la regulación de la potestad reglamentaria de Ley 50/1997 (artículos 23 y 24), y por tanto si la demandante tiene más o menos razón de fondo en cuanto a que efectivamente desarrolla la Ley (así se dice en la sección 15ª), pues ella misma remite sus argumentos sobre la naturaleza jurídica de la Instrucción y de la extralimitación de funciones de la DGRN (que no se limita a dar ordenes a sus funcionarios jerárquicamente

dependientes) a una clara cuestión de fondo a estudiar con referencia al artículo 21 de la Ley 30/1992.

Pues bien teniendo en cuenta todo lo anterior y que la jurisprudencia ha matizado la exigencia de acreditar totalmente el requisito del *fumus boni iuris* para la adopción de medidas cautelares, minorando su importancia hasta el punto de quedar desplazado en algunos casos como condición esencial para atender a la solicitud de adopción de medidas cautelares, por ello la Sala entiende que el enfoque del incidente cautelar, ha de centrarse exclusivamente en la pérdida de la finalidad legítima del recurso y en la ponderación de los intereses en conflicto, olvidando en realidad la naturaleza sustancial de la Instrucción. Se ha de tener en cuenta sobre todo que la ejecución del acto recurrido no haga perder su finalidad legítima al recurso o genere perjuicios de imposible o muy difícil reparación para el recurrente.

Y centrándonos en este único punto del conflicto de intereses y en la naturaleza irreparable de los perjuicios que se puedan ocasionar a la actora que podrían conllevar la pérdida de la finalidad legítima del recurso, o si por el contrario es de gran relevancia la entidad de los causados al interés general, hemos de fijar nuestra atención en algunas posibles innovaciones de la Instrucción dirigidas sobre todo a los empresarios y sociedades, no precisamente a los Registradores mercantiles.

De una primera lectura de la Instrucción recurrida sobre todo de las Secciones 6^a, 4^a, 7^a, 25^a y 26^a) puede desprenderse la posibilidad de que la misma introdujera elementos novedosos sobre la imposibilidad de legalización de libros en blanco después del 29 de septiembre de 2013 y en el ámbito objetivo y subjetivo de la obligación de tales legalizaciones.

Estas novedades podrían entenderse agravadas cuando vemos que en la Instrucción no parece añadirse mención alguna sobre la necesidad de salvaguardar la información confidencial de las empresas que va a ser comunicada al Registro Mercantil desde el mismo momento de hacer entrega de libros que anteriormente eran presentados para su legalización pero en blanco, esto es, sin contenido alguno ni inclusión de actas. Y ello es evidentemente trascendente porque entre estos libros se pudiera encontrar por ejemplo el libro de actas de la junta de accionistas y demás órganos colegiados, en los que se incluyen las deliberaciones y decisiones adoptadas en el consejo de administración, comités, etc. Y además en la información que se desprende del texto de las actas se pudiera incluir información confidencial que se extrae de los anexos de las mismas, donde constan datos tanto de actuaciones ya realizadas como de planes de futuro, con lo que de conocerse por terceros parece evidente que se afectaría gravemente la estrategia del negocio, y se

podría ocasionar un perjuicio para el interés empresarial de las referidas sociedades y comunidades; sin que parezca que esta información quede suficientemente protegida con la remisión genérica que se hace en la sección 27ª a la legislación vigente sobre protección de datos.

De esta forma llegamos a una clara conclusión, y es que esos posibles perjuicios – de difícil o casi imposible reparación- y ocasionados a los empresarios (emisores recurrentes) derivados de la publicidad que se pudiera dar a terceros de la información empresarial y comercial de sociedades, fundaciones y empresas..... se podrían evitar con la suspensión de la Instrucción, sin que se ocasionen por el contrario perjuicios al interés general, sobre todo al observar que en sus secciones 23ª y 24ª se prevé la posibilidad subsidiaria y temporal de no poner en marcha por determinadas causas lo previsto en la Instrucción.

En efecto, la Sección 24 de la Instrucción dice que: *"Sin perjuicio de lo anterior, y en relación a los ejercicios iniciados con posterioridad al 29 de septiembre de 2013 y cerrados hasta el día 31 de diciembre de 2014, cuando por justa causa no sea posible la presentación en formato electrónico de los libros de llevanza obligatoria o de alguno de ellos, el registrador permitirá la presentación en formato papel, en el plazo establecido legalmente, de libros formados por hojas encuadernadas y cumplimentadas en los términos de artículo 333 del Reglamento del Registro Mercantil."*

Y la sección 23ª manifiesta *"Cuando por problemas técnicos no sea posible la presentación de los ficheros a legalizar por vía telemática excepcionalmente se permitirá la presentación en el Registro mediante dispositivos de almacenamiento de datos cumpliendo con unos requisitos...."*

Así pues, en el presente caso, de la ejecución de la Instrucción impugnada se deriva de un modo inmediato y claro la posibilidad de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, y no solo económicos, derivados para las entidades socias de la recurrente que consideran que la información confidencial sobre sus datos ocasionaría unos perjuicios irreparables que se le podrían ocasionar con la ejecución de la resolución impugnada tal como está redactada que no contiene la más mínima regulación sobre las exigencias de salvaguarda de esa información confidencial y privilegiada que va a pasar a los Registros Mercantiles pudiendo acceder a ella terceros que se dirijan a estos registros y ejerzan el derecho que les brinda el artículo 369 del Reglamento del Registro Mercantil y su solicitud de publicidad.

CUARTO.- Por lo demás, y pese a lo que dice el Abogado del Estado de forma genérica, sin determinar concretos perjuicios reales para el interés

público, la suspensión de la Instrucción no ocasionaría ningún inconveniente grave al interés público ni paralizaría la función del Registro Mercantil, pues se podría seguir revisando para su legalización los libros en soporte papel o electrónico, como se venía haciendo hasta ahora. Y todo ello es así por los siguientes motivos:

- 1) Porque la exposición de motivos de la Instrucción solo habla de que lo que con ella se pretende es mejorar, simplificar y reducir el empaquetado de archivos con respecto a la anterior Instrucción de 31 de diciembre de 1999.
- 2) Porque según la resolución de la DGRN de 5 de agosto de 2014 parece que ya muchos de los Registros Mercantiles en la aplicación práctica del art. 18 de la Ley 14/2013 han continuado haciendo posible la legalización de los libros de los empresarios tanto en papel como, para aquellos que lo han estimado conveniente en soporte electrónico, por vía presencial o telemáticamente.
- 3) Porque con la suspensión de la Instrucción los empresarios no dejarían de cumplir con sus obligaciones en materia de llevanza y legalización de libros que les impone la normativa mercantil (contenida en el Código de Comercio, el TRLSC, el Reglamento del Registro Mercantil, etc.), sino únicamente se dejaría sin aplicación temporalmente la Instrucción hasta que recayese Sentencia.
- 4) Porque por ello, dicha suspensión solamente traería como efecto práctico que los empresarios –que parecen ser sus primeros y directos destinatarios– podrían seguir presentado los libros para su legalización tanto en formato papel como electrónico y de forma presencial o telemática, así como la legalización de los libros físicos en blanco (antes de su utilización), tal y como parece que se ha venido aceptando por la mayoría de los Registros Mercantiles hasta la publicación de la Instrucción.
- 5) Porque además esta posibilidad de no cumplimentación temporal se prevé como una alternativa más en la propia Instrucción cuando se dan justas causas y problemas técnicos (sección 23ª y 24ª de la Instrucción que permiten la legalización de libros encuadernados y en papel y de forma presencial).

No cabe duda de que la legalización de libros sirve a la consecución del fin último de dotar de mayor seguridad jurídica al tráfico mercantil y, para ello, lograr una adecuada publicidad registral. Ahora bien, ello no puede hacerse sin atenderse a las garantías suficientes y sin atender a los efectos perjudiciales que probablemente se producirían si no se suspendiese la Instrucción en este caso, pues el efecto que se ocasionaría sería justamente el opuesto, vulnerándose la seguridad jurídica y causando un perjuicio de imposible cuantificación tanto a los sujetos particulares como al propio sistema empresarial y mercantil español.

Por lo demás, ese objetivo de alcanzar la seguridad jurídica en el tráfico mercantil que constituiría el verdadero interés público, no se pone en peligro con la suspensión de la Instrucción. Ello se debe a que, como ya hemos expuesto, se puede mantener el sistema que se venía empleando antes de la aprobación de la Instrucción, que había resultado útil y suficiente para dar cumplimiento a tal fin y que, por tanto, puede seguirse aplicando más allá del 30 de abril de 2015 y hasta que recaiga la Sentencia en el presente recurso. Así pues, entendemos que hasta ese momento de la Sentencia que ponga final al presente recurso puede proseguirse con el régimen previamente existente (y que, de facto, muchos Registros Mercantiles venían aplicando hasta la aprobación de la Instrucción, sin causar mayor impacto).

Por tanto, teniendo en cuenta la afectación generalizada para la confidencialidad de los datos de las empresas y demás entidades que recoge esta Instrucción, se puede concluir que en el caso que nos ocupa no existe un interés público de mayor relevancia que deba prevalecer sobre los legítimos intereses de las empresas, y demás entidades y sociedades recogidas en la Instrucción en la protección de sus datos.

Por todo ello,

LA SALA ACUERDA:

Ha lugar a suspender la aplicación de la Instrucción dictada con fecha 12 de febrero de 2015 de la Dirección General de Registros y Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE nº 40 de 16 de febrero de 2015) hasta que recaiga sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas con expresa indicación de que contra la misma podrán interponer **recurso de reposición en el término de CINCO días** a contar desde el siguiente a su notificación, y previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la ley Orgánica del Poder Judicial, que habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección núm. 2420 (BANESTO), especificando en el campo del documento Resguardo de Ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Lo mandan y firman los Ilmos. Sres. De la Sección, lo que certifico.