

JUZGADO DE LO MERCANTIL NUM. 1
VALENCIA

Autos Juicio Ordinario num. 44/2021
Medidas cautelares.

Dte. ASOCIACION POR LA LIBERTAD DEL VALENCIA CF.
Proc. Sr. Pérez Mateu de Ros

Ddo. VALENCIA CF S.A.D.
Proc. Sra. Fos Fos

AUTO

En Valencia, a trece de diciembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Pérez Mateu de Ros en la representación que ostenta de su mandante ASOCIACION POR LA LIBERTAD DEL VALENCIA CF se promovió demanda que dio lugar a la formación de autos de juicio ordinario num. 44/2021, frente a la entidad VALENCIA CF S.A.D., en ejercicio de acciones de impugnación de acuerdos sociales.

SEGUNDO.- Por escrito presentado con posterioridad se procedió a la ampliación de demanda, y se interesó la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de los acuerdos sociales impugnados y la administración judicial de la sociedad demandada. Admitida que fué a trámite la solicitud formulada, y formada la oportuna pieza separada, se convocó vista, que se ha celebrado en fecha 28 de junio de 2021, con la asistencia de ambas partes, con el resultado que ha quedado recogido en el pertinente soporte audiovisual, dictándose seguidamente el Auto pertinente en fecha 30 de junio de 2021.

TERCERO.- Se ha presentado por la parte actora nuevo escrito interesando la adopción de medidas cautelares relativas a la suspensión del acuerdo societario por el que se modificó el artículo 11 de los estatutos sociales y que establece la titularidad de un mínimo de 3.598 acciones para asistir a Junta General.

CUARTO.- Admitida que fué a trámite la indicada solicitud, y formada la oportuna pieza separada, se convocó vista, que se ha celebrado en fecha 9 de

diciembre de 2021, con la asistencia de ambas partes, con el resultado que ha quedado recogido en el pertinente soporte audiovisual

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En todo caso, las medidas cautelares, sean conservativas o anticipatorias, sean nominadas o innominadas, han de responder a los presupuestos que, en cada caso, las justifican. La pretensión de tutela cautelar es accesoria siempre de la principal, por lo que carece de sentido sin ella. De ahí que la primera causa de justificación la deba ofrecer la pretensión de tutela definitiva, es decir, el derecho subjetivo afirmado en la demanda debe aparecer, en el momento de decidir el Juez sobre la medida, como bueno o atendible.

Entendido el proceso como medio o instrumento procesal necesario para la realización del Derecho que se actúa por los Tribunales mediante sus resoluciones, las medidas cautelares aparecen caracterizadas por constituir un instrumento del instrumento, al cumplir la función de garantizar no la resolución sino la eficacia de la misma que, en su día, dando respuesta a la controversia sometida a los mismos. Precisamente, esta instrumentalidad exige la existencia de una relación medio a fin, pues tan solo serán procedentes aquellas medidas dirigidas a garantizar no ya sólo la ejecución de lo decidido, sino también que pueda ser ejecutado eficazmente, a fin de no vaciar de contenido el derecho sustantivo que en la decisión se actúa. Ello no obstante, debe admitirse como pacífico que la medida cautelar tiene una entidad propia y se dirige, por sí, a impedir que cambie la realidad o, en su caso, a cambiarla. De ahí que la segunda causa de justificación la ofrezca su propia utilidad: la medida se justifica, en si misma, por el mal que trata de evitar o, en su caso, de eliminar.

En la vista celebrada con ocasión de la anterior solicitud de tutela cautelar, se vino a denunciar por la parte demandada la falta de legitimación activa de la aquí demandante y solicitante de la tutela cautelar de que entonces se trataba. Pero tal se concretaba a un supuesto de legitimación ad processum, en cuanto que relativo a la existencia misma de la Asociación. Y así las cosas, valorando la documental aportada al efecto, la resolución judicial expresamente vino a enunciar que *“Pues bien, atendido su discurso, el supuesto planteado se refiere propiamente a la legitimación ad processum pues se cuestiona propiamente la personalidad del litigante. Y así las cosas, en este sede de medidas cautelares, y sin perjuicio de lo que con cognición plena se pueda resolver al efecto en el plenario, se considera bastante la acreditación documental aportada por la actora a los efectos de advenir su válida constitución y por ende su regular personalidad a los efectos de poder sostener ahora estas pretensiones en esta sede”*.

En el seno de la tutela cautelar ahora impetrada se ha venido a denunciar un supuesto de falta de legitimación ad causam, en cuanto que vinculada directamente a la eventual apreciación del fumus boni iuris, toda vez que se ha cuestionado que la Asociación actora no titula al menos el 5% del capital social del VALENCIA CF SAD. Tal denuncia de déficit accionarial no había venido planteada con anterioridad, no suscitándose como un hecho controvertido, y admitiéndose que los miembros de la Asociación sí ostentaban

la cualidad de socios de la entidad demandada, y con tal fundamento venían a sostener la pretensión principal de impugnación de acuerdos sociales, y por ello nada se resolvió sobre este particular en la anterior resolución.

Se ha planteado por la parte demandada la excepción de cosa juzgada, con fundamento precisamente en la previa sustanciación de la anterior solicitud de medidas cautelares y la resolución dictada recaída en la misma, que es firme. Al respecto, debe decirse que no puede en ningún caso advertirse el supuesto que se plantea, y ello en cuanto que no concurre la triple identidad que al efecto exige el artículo 222 de la LEC. Es claro que en la tensión dialéctica que al efecto se suscita entre los principios de seguridad jurídica y de justicia material, el instituto de la cosa juzgada es acreedor en todo caso de interpretación restrictiva. Y en este caso es claro que el *petitum*, y por ende la tutela cautelar de que se trata, es diverso en uno y otro caso, por más que coincidan los sujetos en la posición de demandante y de demandado.

SEGUNDO.- El Juzgador debe realizar un análisis de los requisitos que han de reunir para adoptar cualquier tipo de medida cautelar, cuales son la apariencia de que el solicitante es titular de un derecho y la prueba *prima facie* del mismo, esto es, el *fumus boni iuris*, así como el posible (mejor dicho, probable, por cuanto la posibilidad puede o no concurrir pero no se puede medir su intensidad) perjuicio que los actos del demandado pueden ocasionar en la esfera jurídica de aquél (*periculum in mora*), bien entendido en todo caso el esencial carácter instrumental de las medidas cautelares cuya adopción se interesa por parte legítima en el marco del proceso en relación con la pretensión que con carácter principal ha de sostener en el futuro y con vocación de causar estado mediante la obtención de sentencia estimatoria de las mismas.

Pues bien, de todo ello no puede en este caso obtenerse otra conclusión sino la de que no concurren los requisitos necesarios para la adopción de las medidas solicitadas. Y ello por cuanto, es evidente que en ningún caso se advierte la concurrencia de ninguno de los dos presupuestos que habilitan la pertinencia de la tutela cautelar, esto es, no concurre el presupuesto del *fumus boni iuris*, y tampoco es de advertir la concurrencia del presupuesto de *periculum in mora*.

Y es que la cautela se adopta en garantía del buen fin de la ejecutoria, que no en garantía de la sentencia, por lo que no es dable venir a conformar la presente situación jurídica en atención a la verosimilitud del derecho que se esgrime por la demandante.

TERCERO.- No cabe confundir la presente sede de medidas cautelares, a dilucidar en pieza separada del pleito principal del que es accesorio, con la sede del juicio ordinario plenario que terminará por sentencia definitiva. En esta sede de medidas cautelares, con cognición restringida, se trata de adoptar con carácter esencialmente provisional (y anticipatorio) decisiones orientadas a asegurar el buen fin de la ejecutoria de la sentencia firme que se espera ganar en el plenario. Y la tutela cautelar impetrada

requiere la concurrencia de los presupuestos que le son propios, conforme a lo indicado más arriba.

Y al respecto, y en esta sede de tutela cautelar, se insiste, debe atenderse ahora a las dos siguientes circunstancias, a saber:

1.- En primer término es de advertir que la actora no cumplimenta el presupuesto de titularidad del capital social mínimo que al efecto habilitante de solicitar por la vía del artículo 727.10ª de la LEC tutela cautelar debe ostentar. Esto es, no es de advertir el presupuesto del *fumus boni iuris*. Denunciado que ha sido por la parte demandada la falta de este presupuesto, afectante en sentido estricto a la legitimación y no a la personalidad del litigante, la Asociación actora no ha acreditado la titularidad de al menos el 5% del capital social, y tal umbral mínimo es el exigible para el caso –como el que nos ocupa- de sociedades no cotizadas.

2.- En segundo lugar, la solicitud de medidas cautelares no viene promovida de manera coetánea con la demanda inicial rectora de las actuaciones de juicio ordinario num. 44/2021 de las que dimana la presente pieza separada, sino que viene a deducirse con posterioridad. Tal posibilidad viene ciertamente admitida por el artículo 730.4 LEC pero es obvio que el solicitante debe acreditar qué nuevas circunstancias habidas con posterioridad a la demanda inicial justificar ahora la necesidad, urgencia e inaplazabilidad de la adopción de las medidas cautelares de que se trata, que no concurrían ex ante (en el momento de interposición de la demanda). Pues bien, al respecto la parte actora indica en su solicitud (deducida en octubre de 2021) que se había tenido noticia de que el Consejo de Administración había adoptado el acuerdo de convocar junta general que en su orden del día contendría la propuesta de adopción de acuerdo relativo a la ampliación de capital. Tal se ha operado ciertamente, habiéndose convocado la Junta, que además de la adopción de acuerdos relativos al análisis de la gestión social, aprobación de cuentas y aplicación del resultado del ejercicio anterior, propone a los socios una ampliación del capital social, a celebrar los próximos días 16 de diciembre (en primera convocatoria) o 17 de diciembre de 2021 (en segunda convocatoria).

Pero tal convocatoria de Junta General (cuestión distinta es la incorporación de puntos adicionales al Orden del día) no puede reputarse en modo alguno como sorpresiva, y por ende, poderse derivar de ello la habilidad de la solicitud de medidas cautelares de que se trata. Esto es, cerrado el ejercicio social en 30 de junio de 2021, el órgano de administración debía activar el proceso de formulación de las cuentas anuales y posterior aprobación en el seno del órgano asambleario del ente mercantil en los plazos legalmente previstos al efecto. Tal escenario ya debía venir previsto, por ineludible legalmente, en el momento de interposición de la demanda inicial rectora de las actuaciones, en los primeros días de enero de 2021, sin que la convocatoria de junta ahora operada (cuestión distinta es el concreto orden del día de la convocatoria) pueda reputarse a estos efectos como un hecho nuevo.

Procede, con fundamento en todo lo expuesto más arriba, la desestimación de la solicitud de medidas cautelares de que ahora se trata.

CUARTO.- Que no obstante la desestimación que se opera, no procede efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales en esta sede de medidas cautelares, y sin perjuicio del pronunciamiento pertinente al respecto en la sentencia definitiva del plenario.

Visto lo expuesto,

DISPONGO: Desestimar la solicitud de adopción de medidas cautelares que ha venido deducida por el Procurador Sr. Pérez Mateu de Ros en la representación que ostenta de su mandante ASOCIACION POR LA LIBERTAD DEL VALENCIA CF, declarando no haber lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, que deberá interponerse en el plazo de veinte días, con observancia del depósito pertinente.

Así por este auto, lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. D. Salvador Vilata Menadas, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Valencia. Doy fe.

E./