AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN QUINTA

AUTO

ROLLO 6383/2016
JUZGADO de lo Mercantil nº 1 de Sevilla
AUTOS 714.01/12

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO
DON JOSÉ HERRERA TAGUA
DON CONRADO GALLARDO CORREA

En Sevilla, a 21 de Marzo de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho del Auto apelado que con fecha 30 de Julio de 2015, dictó el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, en los autos nº 714.01/12, promovidos por Don Manuel Serrano Alferez, Don Ignacio Ayuso Quintana, Don Miguel Cuellar Portero, Don Raúl de la Peña Aguilar, Don José Díaz Andrés, Don Ricardo Díaz Andrés, Don Ricardo José Díaz Ramos, Don Manuel Díaz y Díaz del Real, Don Francisco Galera Ruiz, Don Luis Morón Laguillo, Don Juan Luis Periañez Mejías, don Francisco Javier Rodríguez Martínez, Don Juan Manuel Rufino Rus, Don Juan Salas Rubio, Don José Manuel Serans Salado, Don Emilio Soto Muñoz y Don Iñigo Vicente Herrero, representados por el Procurador Don Eladio Garcia de la Borbolla Vallejo, contra la entidad Familia Ruiz Ávalo, S.A., representada por la Procuradora

Doña Noemí Hernández Martínez, en el que ha sido parte la entidad Real Betis Balompié, S.A.D, representada por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá, cuya parte dispositiva literalmente dice: *"**DISPONGO: DENEGAR PARCIALMENTE** la adopción de las Medidas Cautelares solicitadas por la parte demandante consistente en Administración Judicial y **DECRETAR** la adopción de las Medidas Cautelares que consistirán en:*

1. *Prohibición de disponer de 30.869 acciones de la entidad REAL BETIS BALOMPIE S.A.D., originariamente suscritas por la sociedad FARUSA, y de otras 6.000 acciones de la sociedad REAL BETIS BALOMPIE S.A.D. numeradas de la 55351 a 58350 y de la 61667 a la 64666 originariamente suscritas por los demandados, D. MANUEL MORALES LUNA y D. JOSE LEON GOMEZ, respectivamente, y actualmente también tituladas por la entidad FAMILIA RUIZ AVALOS S.A.(FARUSA), a cuyo efecto se expedirán los oportunos oficios.*

2. *Suspensión de los derechos respecto a las 30.869 acciones de la entidad REAL BETIS BALOMPIE S.A.D., originariamente suscritas por la sociedad FARUSA, y de otras 6.000 acciones de la sociedad REAL BETIS BALOMPIE S.A.D. numeradas de la 55351 a 58350 y de la 61667 a la 64666 originariamente suscritas por los demandados, D. MANUEL MORALES LUNA y D. JOSE LEON GOMEZ, respectivamente, y actualmente también tituladas por la entidad FAMILIA RUIZ AVALOS S.A.(FARUSA), a cuyo efecto se expedirán los oportunos oficios.*

Para el afianzamiento de las medidas cautelares y previamente a su ejecución, el actor consignará ante el Juzgado o depositará en autos un aval bancario indefinido de conformidad con el artículo 529.3 de la LEC por importe de 85.000 euros.

No ha lugar a señalar caución sustitutoria alguna.

Líbrense los Oficios oportunos a la entidad REAL BETIS BALOMPIE S.A.D y al CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES

Todo ello sin imposición de costas."

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por la Familia Ruíz Ávalo, y admitido que le fue dicho recurso, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar en la fecha señalada, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. José Herrera Tagua.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don Eladio García de la Borbolla Vallejo, en nombre y representación de Don Manuel Serrano Alférez, Don Ignacio Ayuso Quintana, Don Miguel Cuellar Portero, Don Raúl de la Peña Aguilar, Don José Díaz Andrés, Don Ricardo Díaz Andrés, Don Ricardo José Díaz Ramos, Don Manuel Díaz y Díaz del Real, Don Francisco Galera Ruiz, Don Luis Morón Laguillo, Don Juan Luis Periañez Mejías, Don Francisco Javier Rodríguez Martínez, Don Juan Manuel Rufino Rus, Don Juan Salas Rubio, Don José Manuel Serans Salado, Don Emilio Soto Muñoz y Don Iñigo Vicente Herrero, se formuló solicitud de medidas cautelares contra la entidad Familia Ruiz Ávalos, S.A., (FARUSA), consistentes en la prohibición de disponer de las acciones del Real Betis Balompié, S.A.D., de las que es titular la citada entidad, en concreto de 30.869, que fueron originariamente suscritas, y de 6.000 acciones, numeradas de la 55.351 a 58.350 y de la número 61.667 a 64.666, que fueron originariamente suscritas por Don Manuel Morales Luna y Don José León Gómez, respectivamente, y a quienes se las compró la demandada. Además, interesó la Administración Judicial de las mismas. Dicha solicitud se realizó en el sentido de que se tramitase inaudita parte, lo cual, fue rechazado por el Juez a quo, dándosele la tramitación ordinaria y convocándose a las partes a la oportuna vista, en la

que la demandada se opuso a dicha petición. Por parte del Juzgado tras la celebración de dicho acto, se dictó Auto que estimó parcialmente la solicitud, acordando la prohibición de disponer y la suspensión de los derechos de las meritadas acciones. Contra la citada resolución, se interpuso recurso de apelación por la entidad FARUSA.

SEGUNDO.- En orden a centrar la presente alzada, conviene recordar, como ha señalado esta Sala en innumerables ocasiones, que ante la evidente y real situación de un proceso largo y complejo, a veces, se torna indispensable que se adopten medidas eficaces para evitar, que la declaración de derecho que se realice en el mismo, resulte inútil o baldía, por la previsible conducta del demandado de burlar el contenido obligacional incumplido o que, de cualquier modo, provoquen la ineficacia o trascendencia jurídica de la resolución definitiva que se dicte en los autos principales. De ahí, que sea preciso una protección cautelar para evitar ese perjuicio a los derechos por el transcurso del tiempo. Se trata de que no resulte carente de contenidos la declaración de la resolución final, y ésta es la finalidad a la que tiende las denominadas medidas cautelares. Sustancialmente la de asegurar lo que se pretende con el proceso, es decir, garantizar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el mismo. En definitiva, como dice la doctrina: las medidas cautelares surgen por la necesidad de conectar un hacer pronto con un hacer bien.

Son características de las medidas: su provisionalidad porque se mantendrán mientras cumplan su función de aseguramiento. Su instrumentalidad porque están preordenadas a un resolución definitiva, sí, como afirma la doctrina, el proceso es un instrumento para la aplicación del derecho sustantivo, la medida cautelar tiende a asegurar aquella preventivamente y necesita del proceso declarativo y de ejecución para poder existir. Su temporalidad, por su propia naturaleza instrumental, porque se extinguirán o alzarán en cuanto desaparezcan los motivos que sirvieron de presupuesto para su adopción. Y, por último, su variabilidad ya que se modificarán, en cuanto se alteren los presupuestos que se tuvieron en cuenta para su adopción.

Para que proceda la adopción de medidas se exigen que concurran necesariamente los dos requisitos que se señalan a continuación, es decir, no es suficiente que se dé uno de ellos:

a) fumus boni iuris, es decir, la apariencia de buen derecho, en definitiva que la pretensión que se ejercita teniendo en cuenta su contenido y soporte probatorio, cuando se ejercita la acción, permita presumir unas

expectativas de admisión de la pretensión deducida, pero que como nos dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10-2-92 no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido; basta una mera probabilidad, para lo cual es necesario que el solicitante presente, como exige el artículo 728-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, sin que, en ningún caso, pueda sustituir al juicio principal, aunque en defecto de justificación documental el solicitante podrá ofrecerla por otros medios. Y

b) periculum in mora, que supone un temor justificado y fundado de un daño jurídico, es decir, de inefectividad del derecho. En principio, se deberá tener en cuenta todos aquellos hechos que razonadamente puedan poner en peligro, total o parcialmente, la efectividad de la tutela judicial, de modo que el pronunciamiento judicial resultara ilusorio o que retrasara excepcionalmente la efectividad del derecho reconocido. Para ello, será necesario valorar que existe un peligro real, patente e inminente que se acredite, al menos, indiciariamente, y que va a provocar que la efectividad de la Sentencia no sea posible ni siquiera a través del resarcimiento de daños y perjuicios. En definitiva, se trata de evitar que esa mora o retraso de la decisión judicial pueda comportar que llegue tarde o sea inútil, básicamente derivado de la actuación voluntaria del demandado que, ante la presentación de la demanda, realice actos tendentes a evitar las consecuencias negativas que, para él, pueden derivarse de una Sentencia condenatoria. Se exige un peligro real, objetivo e inminente, no es admisible situaciones de mera impaciencia o conveniencia que traten de adelantar una previsible resolución favorable. En cualquier caso, esta situación de riesgo ha de alegarse y acreditarse por quien interesa la medida cautelar, que tendrá que ser idónea y adecuada para impedirla.

En orden a estimar la medida cautelar interesada o interesadas, es necesario e indispensable, además de la apariencia de derecho, que exista un temor real, concreto y, sobre todo, objetivo, de que se produzca la inefectividad del derecho, pero no puede centrarse y concretarse en la existencia de una especial dificultad del proceso, o en la tardanza en su tramitación, sino en el peligro real y evidente de la ineficacia del derecho, si es reconocido por Sentencia. No se trata de tener en cuenta, como cuestión nuclear, el mayor o menor espacio temporal o dificultad en la ejecución, sino que los factores concurrentes, provoquen que la Sentencia devengue en

inejecutable.

Es evidente que el proceso de medidas cautelares no es autónomo, independiente o principal, sino accesorio e instrumental de otro, pero la decisión que se adopte en éste necesariamente ha de tener en cuenta, exclusivamente, las alegaciones realizadas por las partes y el resultado de la actividad probatoria desplegada en el mismo. No es posible hacer referencia a la actividad probatoria ni a cualquier otra cuestión desplegada en los autos principales, ni, obviamente las valoraciones que se den y sirvan de fundamento a la decisión en este incidente, pueden tenerse en cuenta o condicionar en cualquier medida, incluso mínima, la decisión definitiva de los hechos controvertidos, por cuanto en este proceso accesorio o instrumental la valoración de los hechos no suponen un examen profundo y exhaustivo para resolver la cuestión de fondo, tan solo a efecto de valorar las medidas asegurativas y, en su caso, su adopción

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que las medidas cautelares no tratan de facilitar la ejecución de la posible Sentencia estimatoria de la pretensión actora, ni anticipar las peticiones que se acojan. En absoluto, ese es su fin, sino que es necesario e indispensable que exista un peligro real y evidente de que el derecho reconocido no va a poder ser ejecutado, es decir, que el acreedor no va a conseguir la satisfacción que ser titular del derecho comporta.

TERCERO.- Sobre la base de estas premisas, y antes de entrar a valorar la concurrencia o no, de los dos mencionados requisitos en los presentes autos, en fin, de decidir si las medidas acordadas son ajustadas a Derecho, nos encontramos con una serie de cuestiones, que necesariamente se han de resolver con antelación, ya que el acogimiento de alguna de ellas conllevaría la innecesariedad de entrar en el análisis del fondo del asunto.

La primera cuestión que se alega por la recurrente, es que la adquisición de la titularidad de las acciones a que se contrae la presente litis, cuya ostentación no se pone en solfa por ninguna de las partes, singularmente por la demandada, no se realizó en un primer momento, es decir, durante el periodo de suscripción, cuando inicialmente se pusieron a la venta, en la conversión del Real Betis Balompié, en Sociedad Anónima Deportiva, como sostienen los actores, sino que quienes las adquirieron fueron los directivos, que, a su vez, se la vendieron a la recurrente.

La cuestión es trascendente por cuanto faltaría uno de los requisitos en los que sustentan su pretensión los actores, y es que FARUSA adquirió las

acciones en esa suscripción, sin llegar a desembolsar precio alguno.

Aún cuando la documentación no sea exhaustiva y profusa sobre dicha cuestión, en los presentes autos, sí nos encontramos con, al menos dos actos, pero singularmente uno, que han de calificarse como propios con las consecuencias que les son inherentes. Desde luego, insistimos, sobre la base de las pruebas obrantes en los presentes autos, y en relación a la solicitud de medidas cautelares interesadas, no en cuanto al fondo del asunto a dilucidar en los autos principales, circunstancia que ha de presidir todo análisis y valoración que se produzca en los presentes autos.

A tal efecto, antes de determinarlos y analizarlos conviene recordar que los actos propios comportan, como señala la Sentencia de 28 de octubre de 2.003, una expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Su fundamento reside, como señala la Sentencia de 10 de julio de 1.997, con cita de las Sentencias, entre otras, de 5-10-87, 16-2 y 10-10-88; 10-5 y 15-6-89; 18-1-90; 5-3-91; 4-6 y 30-12-92; y 12 y 13-4 y 20-5-93, en la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. En parecidos términos declara la Sentencia de 21 de abril de 2.006 que: “El principio del derecho que prohíbe ir contra los actos propios encuentra apoyo legal en el artículo 7.1 del Código civil” y añade: “La jurisprudencia sobre este principio es muy abundante. Como resumen, se deben citar los requisitos que se han venido exigiendo para que pueda aplicarse este principio general, que son: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser “expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto” (sentencias de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, entre muchas otras). Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una

determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real".

La Sentencia de 17 de mayo de 2.0011 declara que: "Esta Sala, en su sentencia de 9 diciembre 2010 (Rec. 1433/2006), entre otras que pudieran citarse, ha dicho que la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 28 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2000; SSTC 73/1988 y 198/1988 y ATC de 1 de marzo de 1993); y que, sin embargo (SSTS de 5 de octubre de 1984, 5 de octubre de 1987, 10 de junio de 1994, 14 de octubre de 2005, 28 de octubre de 2005, 29 de noviembre de 2005, RC núm. 671/1999), el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, pues constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe". En estos mismos términos se pronuncia la Sentencia de 27 de octubre de 2.011 cuando declara que: "que el principio que prohíbe ir contra de los propios actos tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a actos que previamente hubiesen creado esa relación o situación de derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 5 oct. 1984, 10 ene. 1989, 20 feb. 1990, 10 jun. 1994, 16 feb. 1998), y que, como declara la STS 28/1/2000 la doctrina de los actos propios precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual existe una incompatibilidad o contradicción, y además, que el acto o actos se presenten como solemnes, precisos, claros, determinantes y perfectamente delimitados, sin ambigüedad ni inconcreción". La Sentencia de 4 de octubre de 2.011 declara que: "el Código Civil no contiene una

regulación expresa de la prohibición de actuar contra los propios actos, no obstante lo cual doctrina y jurisprudencia entienden de forma unánime que la prohibición de actuar contra los propios actos, cristalizada en la máxima "venire contra propium "factum" non valet", constituye una manifestación de la buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 del Código Civil, de tal forma que quien despliega una conducta inequívoca con significación jurídica, no puede actuar de forma incoherente y traicionar la confianza generada por su propio comportamiento", y, por último, la de 20 de julio de 2.011 nos dice que: "Repárese en que los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendente, o por constituir convención, causen estado, dilucidando inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear y modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos (sentencia de 16 de junio de 1989). No merecen, en cambio, la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho (STS de 16 de junio de 1984). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando -lo que no acaece en el caso presente-, lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podría ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligada a respetarlas (STS de 16 de junio de 1984)".

Un primer acto que ha de calificarse como tal, es el contrato que la entidad recurrente formalizó el día 6 de julio de 2.010, con la entidad Bitton Sport, S.L., elevado a escritura pública ese misma día. La realidad de dicha relación contractual no se pone en duda por la recurrente, en ningún momento. Incluso, se esgrime para justificar la innecesariedad de la adopción de las medidas cautelares, por entender que ya no es titular dominical de las citadas acciones. En ese contrato, la recurrente, afirma, folio 135 de los autos, ***"Que dichas acciones le pertenecen por título de: (51.424 acciones) por suscripción en la constitución de la Sociedad Anónima Deportiva con fecha 30 de Junio de 1992"***. Sí se trata de interpretar el sentido de esos términos, la expresión de voluntad de quien la realiza, a tenor de las reglas establecidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, no pueden ser más precisos, claros, categóricos, determinantes e inequívocos, de cómo llegaron a su poder, de cómo adquirió la titularidad dominical de las mismas. Claramente la recurrente sostiene que adquirió, ese paquete accionarial, en esa suscripción inicial. Si ello no es

verdad, teniendo en cuenta que se trata, no de una afirmación de la otra parte, sino unilateral de FARUSA, aparte que no sostiene dicha falsedad, -es un hecho sobre el que pasa de puntillas, adoptando una postura silente-, ni tan siquiera da argumentos, aunque sean mínimos en indiciarios para llegar a esa otra afirmación que sostiene en la presente litis, contradictoria con la que se recoge en el contrato. En modo alguno da argumento, de por qué sostiene en el contrato esa afirmación, en contraposición a la que sostiene en los presentes autos. Esta postura novedosa, no la acredita, porque no aporta el más mínimo indicio de que no adquirió esas acciones en la suscripción sino por compraventa a los directivos, a los que ni siquiera identifica, ni determina qué acciones concretas adquirió a cada uno de esos directivos ni cuándo formalizó esos hipotéticos contratos.

Además, si analizamos su comportamiento, en su conjunto, en ese contrato con Bitton, sería absurdo que dicha afirmación, contenida en esa relación jurídica, no fuera verdad, cuando podría haber expresado ese otro origen que pretende sostener en los presentes autos, como hace con el resto de acciones que vende a Bitton Sport. En concreto, expresa que en ese grupo de acciones que se vende, existen 70 que adquirió al Sr. Galera Davidson, 3000 que adquirió al Sr. León Gómez, 3000 que adquirió al Sr. Morales Luna, y 2.431 que adquirió al Sr. Ruiz de Lopera y Ávalo.

El otro acto propio, aunque no con la importancia y trascendencia del anterior, pero que es indudable que entra en contradicción con ese argumento de que no suscribió las acciones directamente en ese acto inicial, es su alegación de que sí efectivamente desembolsó el valor de las misma, sobre todo, a raíz de la afirmación de los actores de que no hubo ese desembolso del precio, sobre la base de la conclusión a que llega el perito Sr. Mauri de Alarcón, de que se trató de un descubierto en una cuenta bancaria del Real Betis Balompié. Sí sostiene que FARUSA no participó en esa suscripción inicial, cómo afirma todo lo contrario, en el sentido de que sí abonó el precio, en los términos que señalan los peritos de Hacienda, folio 146 de los autos.

Por tanto, ha de entenderse acreditado que FARUSA adquirió las acciones en ese proceso inicial de suscripción directamente.

CUARTO.- Se afirma y se sostiene por la recurrente, que la adopción de medidas en una cuestión que ha de calificarse como cosa juzgada, porque las mismas medidas ya fueron interesadas por los actores, así fueron acogidas en primera instancia y esta Sala las revocó mediante Auto de 28 de

octubre de 2.013, dictado en el Rollo 455/13.

La cosa juzgada constituye la vinculación de la parte dispositiva de la Sentencia, que produce en otro proceso. Como afirma la doctrina, es la declaración de la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido, lo que conlleva que planteándose la cuestión en un segundo proceso, el juez está vinculado con lo resuelto en el primero. Como nos dice la Sentencia de 9 de marzo de 1.968: "en su sentido material que es el único que ahora interesa, cosa juzgada significa simplemente la imposibilidad de apertura de nuevos procesos en un mismo asunto para evitar decisiones judiciales que, como dijo la doctrina de esta Sala (especialmente contenida en las sentencias de 1 de diciembre de 1954, 6 de febrero de 1965 y 1 de julio de 1966, entre otras muchas) pudiesen contradecir a otras anteriores, lo que implica la inatacabilidad de los resultados procesales definitivos". La cosa juzgada tiene dos efectos, el positivo o vinculante que no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes, y el negativo o preclusivo que no puede seguirse un proceso ulterior sobre el mismo objeto litigioso que ya fue resuelto por sentencia firme en un proceso anterior entre las mismas partes.

Sobre la base de estas consideraciones, a tenor de las disposiciones reguladoras de las medidas cautelares contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es incotrovertido que la decisión que se adopte no tiene los efectos de la cosa juzgada, en los términos anteriormente señalados, singularmente por lo dispuesto en los artículo 743 y 744. La primera de las citadas normas dispone que: *"Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas"*, y la segunda de las citadas normas en su apartado segundo dispone que: *"Si la estimación de la demanda fuere parcial, el Tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas"*. Si la resolución que resolviera las medidas cautelares gozara de los efectos de la cosa juzgada, no sería posible modificarlas por razón alguna. Se podría alegar que ambas normas parten de la premisa de que se han adoptado y se trata de modificar, que no es el supuesto concreto analizado en la presente litis, en el que se dejaron sin efecto y se pretende, de nuevo, que se adopten. Ello es indiferente a los efectos mencionados, porque el artículo 730-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que no se

soliciten cuando se presenta la demanda, que es el momento correcto, o en un momento anterior, cuando razones de urgencia así lo aconseje, sino posteriormente, cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en ese momento posterior. Es decir, cuando se produzcan una modificación de las condiciones que conlleve que aparezca ese temor a la inefectividad de la resolución definitiva, sobre el fondo del asunto. En estos supuestos, no bastará acreditar esos dos requisitos iniciales, anteriormente señalado, sino también este cambio de circunstancias. Y es indudable que en estos supuestos han de encuadrarse no solo aquellos en los que no se interesaron medidas en ese momento inicial, sino también en los que se solicitaron, y se desestimaron, pero resulta que las circunstancias han cambiado, es decir, las que se tuvieron en cuenta para rechazarlas inicialmente. En definitiva, que en sede de medidas cautelares, como vemos en las citadas normas, la voluntad legislativa no es que la decisión que se adopte sea firme y definitiva, sino que lo sea mientras no se alteren o modifiquen las circunstancias imperantes al momento de adopción o cuando pudieron o debieron adoptarse o interesarse.

La cuestión será determinar, y a los promotores corresponderá acreditar, como un requisito esencial más, que las circunstancias que se tuvieron en cuenta, las que se valoraron por esta Sala en la resolución anterior, se han alterado.

Del contenido de la resolución de esta Sala, la ratio decidendi, el argumento principal y nuclear que esgrimimos para alzar las medidas cautelares, fue que no concurría el requisito del periculum in mora, en cuanto que ya existían medidas acordadas en otro proceso, que impedían que FARUSA pudiera vender las acciones y ejercitar cualesquiera de las otras facultades inherentes a la titularidad dominical, que conllevara la inefectividad de la Sentencia a dictar en los autos civiles principales.

Las medidas interesadas en los presentes autos, eran idénticas a las que se habían acordado, y estaban vigentes en el Sumario 3/14 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla. Por tanto, ese peligro de inefectividad de la resolución definitiva, a dictar en los autos principales, no existía y, de acordarlas, supondría una redundancia, una reiteración, con nula eficacia jurídica. Esas eran las circunstancias concurrentes, en ese momento, es decir, el día 28 de octubre de 2.013, pero resulta que por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, se dictó Auto con fecha 10 de julio de 2.015, por el que se alzaron las medidas, con efecto 31 de julio de 2.015, que se habían acordado por el Juzgado de Instrucción mediante Auto de fecha 16 de julio

de 2.010. Es indudable que dicha decisión, suponía una patente y manifiesta alteración de las circunstancias hasta ese momento concurrentes, porque hasta entonces no existía ese peligro de que pudiera disponer la recurrente de sus acciones ni que ejercitara algunas de las facultades inherentes a su titularidad dominical, que pudieran afectar a la eficacia de la Sentencia a dictar en los autos principales. Y tan es así, que las circunstancias se alteraban, que la propia Sección Primera de esta Audiencia Provincial así lo indicaba en su Auto, folio 51 de los autos, al dejar a salvo el derecho de los aquí actores de solicitar dichas medidas que se dejaba sin efectos, de nuevo, en los autos civiles.

Por todo ello, se ha de concluir, que no estamos ante un supuesto de cosa juzgada, y que es admisible plantear de nuevo las medidas que se interesaron con anterioridad, al acreditarse que han cambiado las circunstancias existentes, que se valoraron en la resolución anterior de esta Sala.

En consecuencia, estos motivos han de rechazarse, es decir, los que se refieren a la aplicación de la cosa juzgada y a determinar que la situación no se ha alterado.

QUINTO.- Se alega por la recurrente, sobre la base del Auto de esta Sala de 28 de octubre de 2.010, que la solicitud de los actores se realiza tras una situación largamente consentida.

Antes de entrar en el análisis de esta cuestión, en orden a su concreción, debemos fijar por anticipado que en el contenido argumental de una resolución nos encontramos con dos tipos de razonamientos. Aquellos que se han de calificar como obiter dicta, y los que constituyen la ratio decidendi. Para los primeros se emplea esa expresión latina que significa *"dicho de paso"*, en cuanto que se trata de argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos de esa resolución que justifican la decisión principal, pero no de modo esencial y determinante, sino complementarios, secundarios, accesorios o adjetivos, mientras que los segundos son los esenciales.

La decisión de esta Sala no descansaba en ese motivo, no era la ratio decidendi de la misma, que se centraba sustancialmente, como ya hemos señalado, en la inexistencia de uno de los requisitos esenciales para poder adoptar medidas cautelares, es decir, periculum in mora, ya que esas medidas asegurativas que se interesaban, estaban vigentes en el proceso penal, que aunque lo desvinculemos de la cuestión planteada en los

presentes autos, es innegable la conexidad e interrelación entre ambos procesos. Aquella argumentación, esa situación consentida, en cuanto a que conocían el informe pericial que señalaba que la suscripción de las acciones se había realizado sin desembolso, eran claramente adjetiva, por tanto, no sustancial, y no justificaba, en absoluto, la decisión adoptada por esta Sala. Es indudable que existía un retraso por parte de los denunciantes, actores en los presentes autos, en instar esas primeras medidas cautelares en el proceso civil, pero a tenor de las circunstancias concurrentes: conocimiento del informe pericial desde febrero de 2.010 y, sobre todo, medidas vigentes acordadas con fecha 16 de julio de 2.010. Con esos factores, interesar medidas con fecha 25 de mayo de 2.012, es indudable que existía una situación largamente consentida, pero en ese escenario.

Esa situación, es indudable que cambia, que se altera a raíz de que se deja sin efecto las medidas del proceso penal, que exige un análisis renovado de sí existe ese peligro para la resolución que se pudiera adoptar en los autos principales, consecuentemente que se adopten medidas. En este alterado escenario no existe una situación largamente consentida por los actores, no han dejado pasar un tiempo que permita deducir que consienten y aceptan esa nueva situación, porque inmediatamente instan las medidas, incluso antes de la efectividad del alzamiento.

En consecuencia, este motivo ha de decaer.

SEXTO.- Alega la recurrente, sobre la base de la argumentación contenida en el fundamento de derecho séptimo de esta Sala, que no hay peligro, dado que las acciones las ha transmitido. De nuevo reiterar que dicho argumento es de naturaleza obiter dicta, es decir, adjetivo o secundario, dado que da igual que se dijera que no, porque la resolución quedaría indemne argumentalmente.

Con este razonamiento esta Sala se planteaba un escenario hipotético, es decir, se trataba de una mera suposición tomada como base de un razonamiento, porque claramente, a tenor de las pruebas obrantes en autos, aún cuando existía un contrato, sin embargo, se ignoraba si concurrían todos los requisitos para la válida transmisión de la propiedad. Si hubiésemos entendido que era una cosa clara, se hubiese valorado como cuestión principal y primaria, ya que afectaba a la legitimación pasiva. Si la entidad demandada no era propietaria, era evidente que no se podían adoptar medidas tendentes a suspender derechos, de los que ya no era titular la demandada, por haberlos transmitidos.

Entrando en el análisis de sí había transmitido, o no, las acciones, debemos recordar que en nuestro sistema rige la teoría del título y el modo, que supone que el contrato no es suficiente para que se transmita la propiedad, sino que es necesaria la tradición, artículo 609 del Código Civil, porque del contrato sólo nacen obligaciones, consecuentemente acciones personales para poder exigirse los contratantes las obligaciones asumidas. En este sentido, la Sentencia de 7 de marzo de 1.997 declara que: “el contrato de compraventa regulado en nuestro Código Civil en los artículos 1.445 y siguientes, es solo generador de obligaciones y que la propiedad no se trasmite por el simple contrato (titulo), sino por este unido a la tradición (modo)”. En nuestro sistema, inspirado en el Derecho Romano, a diferencia de otros, la entrega o tradición es el medio jurídico de trasmitir la propiedad de la cosa o el derecho real sobre ella. La transmisión de la propiedad no se opera por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición. El artículo 609 del Código Civil establece que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y el artículo 1.095 del citado cuerpo legal, nos dice que el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada. De ahí que, la doctrina considera que la entrega, en nuestro Derecho, supone transferir la posesión jurídica de la cosa, lo cual, hace adquirir la propiedad o el derecho real por parte del comprador. En este sentido, el artículo 1462 del Código Civil establece que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Ello provoca que la tradición se erija en el requisito necesario e imprescindible para que el título pueda desplegar eficacia traslativa del dominio. En este sentido, la Sentencia de 20 de octubre de 1.990 declara que: “La teoría del título y el modo, en la que se basa el Código Civil, según viene repitiendo este Tribunal Supremo con reiteración (sentencias por ejemplo, de 30 de junio de 1962, 31 de marzo de 1964, 18 de diciembre de 1974 y 14 de octubre de 1985), conforme a la cual, a diferencia de las legislaciones en las cuales la propiedad se transmite por el sólo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales, en el Código Civil español, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguida de la tradición, desprendiéndose así del contenido de los artículos 609 y 1.095, es decir, que sólo la conjunción de los dos elementos, el titulo y el modo de adquirir, determina la transformación del originario "íus ad rem" en un "ius in re" sin que en contra de ello implique nada la "tradictio ficta" o

espiritualizada o, dentro de ella, la meramente instrumental, recogida en el artículo 1.462 del propio texto sustantivo, aunque la presunción legal de que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa, por presunción "iuris tantum" pueda rebatirse demostrando que de la propia escritura resulta o se deduce otra cosa”.

De todo lo anterior, se deduce que no llevarse a efecto la entrega de la cosa vendida, no se transmitirá la propiedad, aunque ello no afecta a la validez y eficacia del contrato.

Estas consideraciones son de plena aplicación a la venta de acciones, y específicamente al supuesto analizado en la presente litis, de modo que la posible falta de entrega de los títulos de las acciones vendidas no afecta a la validez del contrato, es decir, a que las partes puedan compelerse mutuamente al cumplimiento de las obligaciones asumidas. En cualquier caso, es necesario señalar que la singularidad del objeto vendido afecta a la traditio necesaria para adquirir la propiedad. Cuando se trata de acciones nominativas es evidente que normalmente tendrá lugar mediante la entrega material del título correspondiente, aún cuando no exista una norma específica que así lo disponga. Sin embargo, ha de recordarse la posibilidad, contemplada legalmente en el artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital que permite que se realice de conformidad con las normas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales, para cuando aún no se hayan impresos y entregados los títulos.

Cuando se trata de acciones al portador, es indispensable, para que se transmita su propiedad, la entrega del título, artículo 120-2º de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite al artículo 545 del Código de Comercio, sin embargo, no existe una disposición similar para las acciones nominativas, lo cual permite concluir que podrá realizarse de cualquier manera. Ello es debido a la cada vez menor trascendencia e importancia del título, dado que se consagra la posibilidad de que no se emitan cuando se constituye la sociedad, de tal modo que la acreditación de la condición de socio se obtiene mediante una certificación emitida por la sociedad, limitándose su importancia a su exhibición para obtener la correspondiente inscripción en el libro registro de acciones, pero esos títulos nominativos mantienen su trascendencia cuando la transmisión se ha realizado mediante endoso, artículo 120-2º de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta singularidad de las acciones provoca que cuando se trata de acciones representadas por anotaciones en cuenta, cuya transmisión es posible realizar mediante transferencia contable, la tradición se entiende

realizada por la correspondiente inscripción de la transmisión a favor del adquirente en el registro contable correspondiente, artículo 9 de la Ley 24/88, de 28 de julio. Este texto normativo fue derogado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que mantiene la misma norma, pero en el artículo 11.

Con esta extensa fundamentación, queremos señalar que en los presentes autos de medidas cautelares queda acreditado ese contrato, incluso su validez, dado que nadie lo pone en duda, y quizás podríamos entender que estamos ante un supuesto de traditio ficta. El artículo 1462 del Código Civil recoge en su apartado primero, la tradición real y la tradición instrumental en forma de traditio ficta, cuando nos dice que sí la venta se realiza mediante escritura publica, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato.

Obra en autos, y anteriormente lo hemos referido, que en la misma fecha del contrato, se otorgó escritura pública, sin embargo, en el citado contrato se contiene una condición suspensiva, dado que se hace depender la producción de los efectos del contrato de la realización de un determinado evento. Los términos empleados por las partes son precisos e incontrovertidos, en el sentido de que se hacía depender de la preceptiva autorización de la venta por parte del Consejo Superior de Deportes, que es indispensable, por disposición legal, cuando es igual o superior al 25% de los derechos de votos de la sociedad deportiva. Expresamente el Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, Sobre Sociedades Anónimas Deportivas, artículo 16-1º dispone que: *"Toda persona física o jurídica que pretenda adquirir acciones de una sociedad anónima deportiva o valores que puedan dar derecho directa o indirectamente a su suscripción o adquisición de manera que, unidos a los que posea, pase a detentar una participación en el total de los derechos de voto de la sociedad igual o superior al 25 por 100, deberá obtener autorización previa del Consejo Superior de Deportes"*. Por tanto, aún cuando las partes no lo hubieran convenido en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, era de obligado cumplimiento ese requisito, con carácter previo.

Singular trascendencia le dan las partes, porque no sólo la reflejan en el contrato privado, cláusula tercera, folio 138 de los autos, sino que expresamente la transcriben en el cuerpo de la escritura pública, cláusula tercera, folio 130 vuelto, cuando disponen que: "hasta el momento en que se

obtenga dicha autorización **no se**(sic) **existirá ni producirá la efectiva transmisión de las acciones** objeto de la presente". Los términos no dejan lugar a la menor duda que, aún cuando el otorgamiento de la escritura pública pudiera constituir la transmisión de la propiedad, sin embargo, las partes, de mutuo acuerdo, deciden que no sea así, sino que estiman que es necesario e indispensable contar con dicha autorización. En los presentes autos no consta, y a ellos hemos de ceñirnos, que se haya obtenido. Por tanto, no es descabellado deducir que tenemos un contrato de compraventa, cuya autenticidad y plena eficacia las partes no niegan, pero no consta que se haya transmitido la titularidad dominical, dado que no se ha acreditado que se ha obtenido esa preceptiva autorización. Insistimos sobre la base del bagaje probatorio obrante en autos, y a los solos efectos de la cuestión ventilada en los presentes litis.

Item más, es la propia Farusa quien reconoce que la citada autorización del Consejo Superior de Deportes no se ha producido. Al folio 1539 de los autos, sostiene que dicha autorización no ha tenido lugar, al afirmar que: *"La existencia en su momento de una medida cautelar en sede penal que paralizó la venta, ordenando al Consejo Superior de Deportes que suspendiera la autorización…"*.

En consecuencia, este motivo ha de decaer.

SÉPTIMO.- En relación al primero de los requisitos, es decir, la apariencia de buen derecho, resulta que los actores fundamentan su pretensión, encaminada a declarar la nulidad de suscripción de las acciones controvertidas, por no haberse desembolsado el precio.

Insistimos de nuevo, y seremos reiterativos en ello, que las consideraciones que contiene la presente resolución vienen exclusivamente a valorar las medidas interesadas, y que se acordaron en primera instancia. Es plausible, en los términos que se afirma y se mantiene por los actores, que la falta de abono del precio, en los términos que éstos sostienen, supone la nulidad de la suscripción, dado el incumplimiento de uno de los dos requisitos esenciales de toda compraventa.

Qué la entidad recurrente sigue siendo dueña de las acciones a que se contrae la presente litis, una vez descartada que la compraventa se haya consumado, a tenor de las consideraciones anteriores, es un hecho que debemos dar por acreditado. A estos efectos, no podemos obviar el informe de la Administración Concursal del Real Betis Balompié, emitido con fecha 31 de mayo de 2.011, posterior a la citada compraventa, que al relacionar a

los socios, no incluye a Bitton Sport, y sí a la recurrente Farusa, con el 51,3421% de las acciones, folio 137 de los autos.

Qué no se abonó el precio, ha de admitirse, sobre la base de los dos informes periciales obrante en los autos, emitidos, por un lado por los Sres. Velasco Cano y Contreras Valle, y por otro por el Sr. Mauri Alarcón. Tanto en uno como en otro, sobre la base de ese análisis superficial y somero que se ha de realizar en los presentes autos, se sostiene que no se ha producido el desembolso del precio de suscripción. Los primeros consideran que parcial, mientras que el Sr. Mauri afirma que no se ha producido el desembolso ni parcial.

Tratar de minusvalorar la eficacia y trascendencia del informe emitido por los Sres. Velasco Cano y Contreras Valle, sobre la base de la información dada por el Delegado Provincial de Hacienda, al afirmar que estos profesionales no tenían la cualificación necesaria, pues no eran auditores, no es atendible. Se ignora en qué contexto se realizan dichas expresiones, se ignora si son justificadas, parece que no, cuando fueron nombrados peritos judiciales por el propio Juzgado de Instrucción y no consta a esta Sala que dicha prueba haya sido refutada ni en el proceso penal ni en el presente. No podemos obviar que se trata de funcionarios integrados en el Equipo Regional de Inspección de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Andalucía, Ceuta y Melilla, que es cierto que no son Auditores de Cuentas, pero sus conocimientos contables no puede desconocerse, al menos en el contexto de los hechos valorados en el presente incidente.

Qué dicho informe señale que es provisional y sin perjuicio de que se pudiera demostrar lo contrario, no supone que ello afecte a la trascendencia de sus conclusiones. Esa idea es consustancial a toda consideración técnica, se señale o no, pero será firme mientras no se refute por otra, o con razonamientos lógicos se pueda concluir que son desacertados. En el presente supuesto, no se ha aportado informe pericial ni se realiza una valoración sólida y categórica, que provoque que no se deba tener en cuenta. Por ello, las conclusiones a las que llegan los citados peritos, se podrán tener en cuenta o no, pero solo sobre la base de las reglas de la sana crítica

Con respecto al Sr. Mauri, se afirma su condición de miembro de la Fundación Heliopolis, de la que, al parecer, también son miembros algunos de los actores. Ello es intrascendente, hasta el extremo de que no consta que se haya tachado al perito, y, aún en este supuesto, no supone que desaparezca toda su eficacia probatoria, sino que ese análisis, que se ha de

realizar por el Tribunal, ha de ser más minucioso y exhaustivo. En este sentido, declara la Sentencia de 24 de abril de 2.012: “La concurrencia de una tacha, en el aspecto en que así se entienda, en un testigo o en un perito, no impide al Tribunal poder tener en cuenta, por su razón de ciencia, y en conjunción con otras pruebas, su dictamen o testimonio; y, en sentido inverso, puede el Tribunal no tenerlo en cuenta, aunque no se admita la recusación o tacha (STS 30 de marzo 2007), cosa distinta es que pueda cuestionarse la declaración o el informe resultante por su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario al amparo del artículo 348 de la Ley”.

El citado perito sostiene y afirma que el pago de las acciones a que se contrae la presente litis, se realizó mediante el ingreso, en la cuenta de suscripción de acciones, de unos pagarés emitidos por el Real Betis a cargo de una cuenta propia que estaba en descubierto.

Farusa no niega estos hechos, al contrario, admite que existía ese descubierto en la cuenta del Real Betis, que se emitieron, a pesar de ello, unos pagarés, y que se ingresaron en la cuenta de suscripción. Lo que ocurre es que llega a conclusión distinta, sobre la base de esos mismos hechos. Trata de realizar una pirueta argumentativa contable, en el sentido de entender que quien pone realmente el dinero es el Banco Hispano Americano, actualmente Banco de Santander, no el Betis, y no es así, el banco, en estos supuestos de descubierto de cuenta bancaria, lo único que permite al titular, es disponer de fondos, que no debería porque en ese momento no los tiene. Es un supuesto evidente de préstamo, que provoca, no podemos olvidar, que la cantidad prestada, consustancial a todo préstamo, entra y se integra en el patrimonio del prestatario. Lo que ocurre es que éste tiene la obligación de devolverlo, con el correspondiente beneficio para el prestamista, y por eso cobra, en este caso concreto, la suma de 21.000 euros, por ese descubierto, por ese préstamo de horas. El Banco, por tanto, no interviene directamente en los hechos analizados, simplemente facilita fondos a uno de los intervinientes, que los hace suyos, surgiendo la obligación de devolverlos con el consiguiente beneficio para la entidad prestamista. Insistimos, en todo caso, esos fondos son propios de quien dispone de los mismos, en este caso, mediante pagarés.

Aún en la hipótesis de que ese descubierto en la cuenta de la entidad deportiva no hubiese servido para pago de las acciones a que se contrae la presente litis, lo que es cierto es que la recurrente no niega, esa salida de la cuenta del Betis, en descubierto, que esos pagarés, en los que se articula, se ingresan en esa otra cuenta del Betis, destinada exclusivamente a contener

las cantidades abonadas por los suscriptores, en concepto de precio de las acciones emitidas, que han adquirido. Por la propia naturaleza y finalidad de esta cuenta, no podían ni debían entrar fondos de la entidad deportiva, sino de aquellos terceros que suscribían las acciones, es decir, no podía tratarse de un desplazamiento dentro del patrimonio del Betis, de una cuenta bancaria a otra, sino de fondos que se integraban en el patrimonio de dicha entidad, a cambio de la transmisión de las acciones.

Si el fin de ese movimiento entre cuentas no es ese, aparentar que se abonó el precio de las acciones controvertidas, qué finalidad tenia ese movimiento. Cuestión que soslaya totalmente la recurrente, sobre la que no da explicación alguna, ni convincente ni absurda, tan solo se limita a reconocer dichas operaciones, a tratar de decir que quien puso el dinero fue el banco, pero no aclara la finalidad de dicha operación, cuestión sobre la que mantiene una postura totalmente silente.

En consecuencia, esa apariencia de derecho existe, en cuanto que parece que no se abonó el precio de las acciones.

OCTAVO.- En cuanto al periculum in mora, solo bastaría con tener en cuenta los hechos analizados con motivo del otro requisito. Si efectivamente nos encontramos con indicios más que evidente de que no se ha desembolsado el precio de la suscripción, que se trata de encubrir con ese movimiento bancario. Además, no es que sea probable que se vendan a un tercero, sino que ha tenido lugar, con la consiguiente dificultad que supondría conseguir que se dejase sin efecto esa posterior transmisión, al tener que demostrarse que ese tercero ha actuado de mala fe, es indudable que existe un temor real de la que la resolución definitiva sea inefectiva jurídicamente, ante los comportamientos de la demandada, de modo que es aconsejable adoptar medidas que limiten las facultades dominicales hasta tanto se produzca la solución definitiva.

En base a ello, debemos considerar que las medidas interesadas son proporcionadas y adecuadas al fin que se persigue, que es garantizar el pleno cumplimiento de la posible resolución definitiva, de modo que se trata de medidas que tiende a evitar que se vean afectadas las consecuencias de la posible nulidad de la venta de las acciones a la entidad demandada.

A estos efectos es intrascendente que se pudiera acudir a un proceso para atacar cualquier alteración del sustrato accionarial de la entidad deportiva; que la realización de cualquier alteración societaria, fusión, absorción, escisión, o no sea posible o exija de determinados requisitos que

en la práctica sean inviables, porque, en todo caso, conllevaría una permanente situación litigiosa, absurda e injustificada. Las decisiones judiciales precisamente van encaminadas a despejar y asentar las relaciones jurídicas, a pacificar comportamientos, no a provocar mayor conflictividad, de modo que se eternice la tensión, porque no decir social, cuando se trata de una sociedad deportiva de la importancia y raigambre a que se refiere, en el fondo, la presente litis.

Se alega por la recurrente que, por parte del Juzgado, se han alterado las medidas interesadas, ya que no se solicitó la suspensión de los derechos inherentes a las acciones, sino la de administración judicial. Es indudable que la medida de suspender los derechos inherentes a las acciones no fue una de las pedidas expresamente por la parte actora, pero es evidente que es consustancial a la administración judicial, ya que su establecimiento conlleva que la demandada no pueda ejercer esas facultades que son propias de la titularidad dominical. A fin y al cabo, se consigue lo mismo, por tanto, se trata de acordar no algo distinto de lo interesado, sino menor, es decir, que está implícita en la interesada por la parte. De este modo se consigue lo mismo que con la administración, pero sin provocar los costos correspondientes al ejercicio del cargo de administrador.

En consecuencia, este motivo ha de rechazarse.

Idéntica decisión ha de realizarse en cuenta que no se identifica las acciones a que se contrae las medidas acordadas. Qué no se identifiquen por su numeración es intrascendente, porque las partes, sustancialmente Farusa reconoce en el curso de sus alegaciones, tiene presente a todos los efectos, a qué acciones se están refiriendo los actores, por ende a las que afectan las medidas acordadas, que no son otras que las que adquirió en la suscripción de acciones con fecha 30 de junio de 1.992. Que sostenga la recurrente que ello es insuficiente, supone incurrir en un comportamiento contradictorio, de nuevo, al que sostuvo en el contrato de compraventa que formalizó con Bitton Sport. En este contrato, al identificar las acciones que se venden, folio 135 de los autos, se emplean los mismos términos que recogen los actores para identificar las acciones y los que se expresan en el Auto recurrido, de modo que no se comprende que a los efectos de la presente litis no sean adecuados para su plena identificación, y si lo sean para su venta a la citada entidad.

NOVENO.- Por último, entiende la recurrente que es insuficiente la cuantía de la caución fijada en el Auto recurrido, por importe de 85.000 euros. En relación a la caución, singularmente a su finalidad, dispone el

artículo 728-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: *"Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado"*. Por tanto, a efecto de fijar el importe de la caución, lo esencial y trascendente no es el valor de la cuestión litigiosa, sino el importe del perjuicio que se pudiera causar con su adopción a la demandada, es decir, el quebranto patrimonial que pueden provocar.

Entendemos que es una cuestión difícil y compleja, sobre el que no existe prueba, ni siquiera se ha realizado una valoración de cuáles son los posibles perjuicios que tendrá la demandada, ante esa suspensión de sus derechos dominicales. Por tanto, que el Juez a quo haya tenido en cuenta el valor de las acciones para su determinación, ha de considerarse un mero referente sin mayor importancia, como podría haber utilizado cualquier otro. Para desvirtuar dicha conclusión, la recurrente no da argumentos sólidos y categóricos que aconsejen alterar la cuantía fijada en primera instancia. No se desprende que dicha cuantía sea nimia ni insignificante. Qué en lugar de un 1%, como fija el Juez a quo, sea el total del precio de las acciones, sin argumentos para dicha alteración, no puede acogerse, sustancialmente porque los daños y perjuicios, como ya hemos señalado lo que tratan es de resarcir el perjuicio causados por las medidas acordadas, y desde luego, no pueden ser nunca el valor de las acciones, ya que no se acredita que con dichas medidas las acciones vayan a perder todo su valor.

En consecuencia, ha de mantenerse el importe de la caución fijada en primera instancia.

DECIMO.- Las precedentes consideraciones han de conducir, con desestimación del recurso de apelación, a la confirmación del Auto recurrido, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la entidad apelante.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA: En atención a lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Noemí Hernández Martínez, en nombre y representación de la entidad FAMILIO RUIZ ÁVALO, S.A., contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, en los autos 714.1/12, con fecha 30 de Julio de 2015, confimándolo en todos sus términos, con imposición de las costas de esta alzada a la entidad apelante.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de este Auto y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por este nuestro Auto, del que quedará testimonio en el Rollo de la Sección, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.-

DILIGENCIA.- Seguidamente se contrae certificación del anterior Auto en su rollo; doy fé.-