

En Valencia, a 15 de noviembre de 2011.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado 3 de octubre de 2011 fue presentado en Decanato de los Juzgados de Valencia escrito de la parte demandante en el Juicio Ordinario 13/2011 de este Juzgado de lo Mercantil escrito solicitando la adopción de medidas cautelares posteriores a la demanda; mediante el cual solicitaban que se dictara auto por el que "se ordene al Valencia C.F. suspenda el derecho de Fundación Valencia C.F. en la próxima Junta General de accionistas convocada para su celebración el próximo día 19 de noviembre de 2011, a las 9:00 horas, en primera convocatoria, y el siguiente día 20 de noviembre, a la misma hora en segunda convocatoria".

SEGUNDO.- Abierta pieza separada, se convoca a las partes a una comparecencia que se celebra el 10 de noviembre de 2011, a la que comparecen válidamente representados todas las partes.

Hechas las alegaciones oportunas por las partes, se propone la prueba, que siendo útil y pertinente es admitida y practicada, quedando la presente pieza pendiente del dictado de esta resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se solicita en el presente proceso incidental, como medida cautelar, la privación del derecho político de voto de la Fundación Valencia C.F. (en adelante, la Fundación) en la próxima Junta General de accionistas del Valencia C.F., S.A.D. (en adelante el Valencia). La pretensión cautelar (al igual que la pretensión principal) se basa en que presuntamente existe un supuesto de autocartera, que debería inhabilitar los derechos políticos de la Fundación en la Sociedad Anónima Deportiva.

Se trata de una medida cautelar prevista en el art. 726.2 LEC, que dispone: Con el carácter temporal, provisional condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

En el presente supuesto, el pleito principal tiene un contenido similar, ya que se impugna una Junta por haberse permitido el voto de la Fundación en supuesta situación de autocartera y se solicita la privación del derecho de voto en adelante. En principio, y dándose los presupuestos legales, podrá procederse al embargo solicitado.

SEGUNDO.- Como es sabido, todas las medidas cautelares han de basarse en la apariencia de buen derecho del actor solicitante y en el peligro de la mora procesal. A ello ha de añadirse el requisito de la proporcionalidad y el de la caución, para resarcir los daños y perjuicios que pueda causar su adopción.

Habrá que estudiar si en el supuesto de hecho planteado concurren todos y cada uno de esos requisitos, para adoptar la medida cautelar solicitada, puesto que la ausencia de cualquiera de ellos, daría lugar a la desestimación de la solicitud. Se procederá al estudio por separado de cada uno de ellos.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la apariencia de buen derecho. La petición del actor

se basa en que es aplicable lo dispuesto en el art. 148 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo tenor literal es el siguiente: Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas:

1. Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante. Los derechos económicos inherentes a las acciones propias excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

La finalidad de la norma es obvia: tratar de evitar que los miembros del órgano de administración de la sociedad dominante tengan mayor poder en la sociedad que el que les corresponde estatutariamente. Si se permitiera la autocartera, el Consejo de Administración de la sociedad dominante no sólo tendría las facultades gubernativas que le concede el estatuto social, sino también tendría el control de los derechos políticos que le corresponden a la sociedad dominada en la sociedad dominante, perjudicando a las minorías en la sociedad dominante.

Por lo tanto, los demandantes parten del planteamiento de que la Fundación es, en realidad, una sociedad dominada por el Valencia. Para ello, considera que la toma de decisiones de la Fundación se encuentra en manos del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima Deportiva.

Pues bien, lo primero que hay que decir es que la apariencia jurídica es precisamente la contraria. Es decir, que es la Fundación la que es dominante en el Valencia. No en vano, ostenta alrededor del 70% de las acciones de la sociedad. De hecho, la propia demandante habla en varias ocasiones en su escrito de demanda y de solicitud de medida cautelar, acerca de que la Fundación es la "sociedad" (una fundación evidentemente no es una sociedad) dominante del Valencia. Si esto fuera así, queda claro que el art. 148 TRLSC no sería aplicable, ya que no prohíbe que la sociedad dominante ejerza todos sus derechos políticos en la sociedad dominada (¡faltaría más!).

Sin embargo, la cuestión es más compleja de lo que parece, ya que las fundaciones no son personas jurídicas cuyo patrimonio se divide en participaciones sociales, que otorgan una serie de derechos políticos en el gobierno y administración de la sociedad; sino que son patrimonios destinados a un fin de interés general, gobernados por una serie de personas (patronato) que no ostentan interés patrimonial en esa persona jurídica (no son dueñas de participaciones), bajo la supervisión de un Protectorado independiente.

De ese modo, no es posible calcular de forma sencilla cuáles son los intereses económicos (únicos que pueden facilitar un parámetro objetivo) que respaldan una determinada decisión en un acuerdo social. Véase un supuesto concreto como ejemplo, en una sociedad anónima es fácil afirmar que quien tiene, por ejemplo, el 51% de las acciones de la sociedad, actúa guiado por sus propios intereses (económicos y subjetivos) y además ostenta la capacidad de controlar el destino de la sociedad debido a su mayoría social, y obviamente es capaz de adoptar acuerdos con su solo consentimiento en las Juntas válidamente constituidas, incluidos el nombramiento de los órganos sociales. Los socios controlarían la sociedad en proporción a sus intereses económicos en la sociedad y conforme a criterios subjetivos (dentro de la finalidad social)

En una fundación, al contrario, no existen intereses económicos representados, sino que

el patrimonio de la sociedad se dirige a la consecución de un determinado fin fundacional, y todos los miembros del Patronato deben actuar lealmente para la consecución de tal fin, con la máxima supervisión de un Protectorado, absolutamente independiente. Las decisiones se adoptan por mayoría de patronos. Por ello, cabe presumir que todos los patronos actúan con igualdad de voto (una excepción puede ser el presidente con voto dirimente) y únicamente guiados por la finalidad de cumplir el interés fundacional, sin que puedan interferir intereses ajenos a aquel.

En el presente supuesto, resulta, sin embargo, que la finalidad fundamental de la Fundación es la "promoción de las vertientes deportiva, cultural y social del Valencia" y es la propia Sociedad Anónima Deportiva la que designa a varios de sus patronos, entre los que se encuentran varios miembros del Consejo de Administración de la Sociedad. Sin contar, que es el Patronato el que nombra a los patronos de libre designación. Por ello la influencia del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima en el Patronato de la Fundación es evidente.

Habría que examinar si el peso que tiene el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima Deportiva en la Fundación es suficiente como para considerar que, en realidad, la "sociedad" dominante es el Valencia y la adquisición de acciones por parte de la Fundación equivale a un supuesto de autocartera. Es decir, que hay que estudiar el supuesto de la sociedad dominante conforme a los criterios recogidos en el derogado art. 87, apartados 1 y 2, del antiguo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo tenor literal era el siguiente: A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación.

2. En particular se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio o, cuando menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. A efectos de lo previsto en el presente artículo, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Pues bien, la Fundación tiene un patrono de honor, que es el President de la Generalitat Valenciana y un máximo de 55 patronos, de los que 15 son designados por la Sociedad Anónima Deportiva (art. 9 de los estatutos fundacionales). A pesar de la falta de inscripción en el Registro de Fundaciones, el 20 de noviembre de 2010 formaban parte del patronato 36 patronos, de los que 15 fueron designados por la Sociedad Anónima Deportiva, y no todos eran miembros del Consejo de Administración del Valencia. A fecha de 18 de octubre de 2011, la proporción es aún menor, ya que de los 44 patronos, sólo 14 habían sido designados directamente por el Valencia. Incluso, si se es más puntilloso, y sólo se toman en consideración los patronos con derecho efectivo de voto, por tener aceptado el cargo, y tener designada la persona representante (en el caso de patronos personas jurídicas), se tiene que en esta última fecha, había 14 patronos designados por el Valencia, 13 patronos libremente designados, y 10 patronos institucionales. Por otro lado, no hay constancia documental del número de patronos que son a su vez miembros del Consejo de Administración del Valencia, aunque según afirma el demandado, sólo son consejeros 6 de los patronos de la Fundación.

De lo anterior, se puede deducir que el Valencia tiene un peso importante en la formación de la voluntad de la Fundación, pero no el suficiente como para formarla por sí solo. Para adoptar acuerdos, la Fundación requiere del voto de los llamados patronos institucionales y de los de libre designación, sin que los designados por el Valencia tengan mayoría suficiente.

A este respecto, es necesario poner de manifiesto que el Registro de Fundaciones, tiene eficacia meramente declarativa, sin que sea requisito la inscripción para ejercer las funciones.

En cualquier caso, no ha de olvidarse que ha de presumirse la libertad de cada uno de los Patronos para decidir su voto, y que por encima del Patronato existe el Protectorado, que puede adoptar todas las medidas necesarias para evitar irregularidades en el Patronato, incluidas actividades contrarias al fin fundacional (art. 18.2 de la Ley de Fundaciones valencianas). Así, la mera pertenencia a un Consejo de Administración no supone necesariamente que el patrono no haya de cumplir con sus obligaciones legales, cuales son la consecución del fin fundacional.

En consecuencia, no existe la apariencia de que el Valencia tenga una posición dominante sobre el órgano de administración de la Fundación de tal calibre que permita considerarla como dependiente de la Sociedad Anónima Deportiva. Faltando el presupuesto de la apariencia de buen derecho, procede desestimar íntegramente la solicitud de medida cautelar interesada por la parte actor, sin necesidad de entrar a valorar el resto de los presupuestos.

CUARTO.- A mayor abundamiento, y en íntima relación con el requisito de la apariencia de buen derecho, tampoco pueden ser obviadas otras cuestiones de fondo.

Así, por ejemplo, existen serias dudas acerca de la posibilidad de aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 148 TRLSC a una fundación, puesto que supone pasar por alto la diferente naturaleza jurídica de sociedades y fundaciones. Más arriba se ha hecho el esfuerzo de aplicar un precepto pensado para sociedades mercantiles a una fundación, sin embargo no está tan claro que esto sea así.

La aplicación analógica de las normas requiere una "identidad de razón" (art. 4.1 Cc), y resulta que la diferente esencia de sociedades y fundaciones ya permitiría justificar la no aplicación analógica del precepto citado. En cualquier caso, las sentencias facilitadas por los demandados para fundamentar la imposibilidad de aplicación analógica tampoco son concluyentes. Estos ejemplos se refieren a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores a los patronos de una fundación. En esas sentencias se dice que no existe laguna legal, porque la ley de fundaciones ya prevé unas normas de responsabilidad de los patronos, que excluye tácitamente la responsabilidad objetiva. Por otro lado, dicen esas resoluciones, que no existe "identidad de razón" suficiente entre el patrono de la fundación y el administrador de la sociedad, ya que la naturaleza del cargo y sus funciones son distintas, aun siendo ambos órganos rectores de una persona jurídica. No se ahondará más sobre esta cuestión, ya que la presente resolución se dicta en el ámbito de unas medidas cautelares.

Sin embargo, no hay que olvidar que la actual legislación sobre fundaciones (citada profusamente por los demandados) contempla expresamente la posibilidad de que fundaciones adquieran participaciones sociales de empresas mercantiles; por lo que

difícilmente puede darse el requisito previo de la laguna legal para el supuesto de hecho dado. Hay que tener en cuenta que, como cualquier acto de una fundación, la adquisición de tales participaciones debe servir al fin fundacional, lo que supone que, de ordinario, la fundación adquiera participaciones de sociedades con las que está íntimamente ligada (los ejemplos de ciertos bancos y equipos de fútbol de la primera división española son muy significativos). En ninguno de esos supuestos hay problemas de autocartera, sino una forma de gestionar las participaciones sociales de una sociedad mercantil, a través de una persona jurídica interpuesta. No hay que olvidar los beneficios legales (fiscales, laborales, administrativos...) que el ordenamiento jurídico prevé para las fundaciones, que la pueden hacer más ventajosa que cualquier otra forma jurídica.

Pues bien, en el supuesto de que una fundación adquiera participaciones de una sociedad mercantil, la propia Ley de Fundaciones (y su Reglamento) prevé el supuesto de que una fundación adquiera una participación mayoritaria. La consecuencia lógica de este hecho es que la fundación dominante designará los miembros del Consejo de Administración de la sociedad mercantil dominada, pudiendo darse el caso, que sean los propios patronos los miembros designados como administradores de la sociedad dominada. La fundación únicamente estaría haciendo uso de su posición dominante en el accionariado de la sociedad dominada. Así, se daría el supuesto de perfecta identidad entre los patronos de la fundación dominante y los administradores de la sociedad dominada. Por supuesto, nadie sería tan temerario de afirmar que es el Consejo de Administración de la sociedad mercantil el que tiene poder sobre la fundación dominante. Más bien, al contrario, es la fundación dominante la que copa los órganos de administración de la sociedad dominada. La Ley resuelve los posibles conflictos recordando la supervisión del Protectorado.

No obstante, el supuesto objeto de autos no es exactamente igual al ejemplo expuesto, ya que la Fundación, desde su constitución otorga potestad al Valencia para designar a parte de sus patronos y no se tiene constancia en este expediente de que la Fundación haya designado (o ratificado) al actual Consejo de Administración del Valencia. La Fundación nació hace más de 15 años, y no fue hasta hace un par de años que se colocó como socia mayoritaria del Valencia suscribiendo una ampliación de capital (obsérvese también que desde el principio la Fundación fue accionista del Valencia, sin que los restantes socios plantearan queja alguna). No obstante, es necesario concluir que el supuesto de hecho tiene perfecto encaje en el art. 24 de la Ley de Fundaciones y 19 de la Ley de Fundaciones Valencianas (y preceptos concordantes de sus respectivos Reglamentos), y que en consecuencia, no existe laguna legal; sino que deberá ser el Protectorado el que ejerza su supervisión, para evitar que la fundación se aparte de su finalidad fundacional (o se convierta en un títere en manos de la sociedad mercantil).

Otras cuestiones relevantes, obiter dicta, para adoptar esta decisión, son por ejemplo la falta de proporcionalidad de la medida y lo exiguo de la fianza ofrecida. No hay que olvidar que se pretende privar del derecho de voto a una persona jurídica cuya participación en la sociedad importa más del 70%; acciones que tienen un valor superior a los 70 millones de euros. Tampoco hay que olvidar que en el fondo, lo que subyace, es la falta de conformidad de los demandantes, como socios del Valencia, con la gestión social del club. No puede permitirse que un interés económico tan pequeño, como es el representado por los demandantes, impida el normal desarrollo de la actividad social. Y ello, sin perjuicio, de que los acuerdos a los que se llegó en las Juntas en las que participó la Fundación, hubieran sido los mismos en el caso de que no lo hubiera hecho. Es decir, la Fundación siempre votó junto con la mayoría de los restantes socios.

QUINTO.- El art. 736 LEC dispone:

"1. Contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente. Las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394.

2. Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición".

Procede, al haber sido desestimada íntegramente la petición, y conforme al criterio del vencimiento objetivo contenido en el art. 394 LEC, la imposición de las costas causadas a la parte actora.

Es por ello que

FALLO

Desestimar íntegramente la solicitud de medida cautelar realizada por Andrés José y otros en el escrito registrado en el Registro Único de Entrada del Decanato de Valencia el pasado 3 de octubre de 2011 contra Valencia Club de Fútbol, S.A.D. y Fundación Valencia Club de Fútbol de la Comunidad Valenciana y, en consecuencia, no ha lugar a adoptar la medida cautelar solicitada, con expresa condena a los demandantes en las costas causadas en este incidente.

Notifíquese esta resolución a todas las partes personadas en este procedimiento, con la advertencia de que esta resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que tendrá tramitación preferente (art. 736 LEC). Notifíquese a las partes que no gocen del beneficio de justicia gratuita, que conforme a lo dispuesto en la LO 1/09, los recursos que se presenten, anuncien o preparen tras la entrada en vigor de la misma, frente a resoluciones dictadas con antes o después de la misma, no se admitirán a trámite si no se acredita haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia o resguardo de la orden de ingreso en la cuenta de consignaciones de este Juzgado. El ingreso se hará en cualquier oficina de Banesto, 4657 0000 clave 00 reposición (25€), clave 01 revisión de resoluciones del secretario Judicial (25€), clave 02 apelación (50€), clave 03 queja (30€), más los cuatro dígitos del número de procedimiento más los dos dígitos del año.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Autos Definitivos dejando testimonio de la misma en las actuaciones.

Se le comunica que conforme a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

Así por este Auto, lo pronuncia, manda y firma, Javier García-Miguel Aguirre, Magistrado Juez de Adscripción Territorial en funciones de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia.