

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1
MADRID

GRAN VIA, 52

0020K

N.I.G.: 28079 1 4165957 /2015

Procedimiento: MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 573 /2015

Sobre

De D/ña. ELCHE CLUB DE FUTBOL S.A.D.

Procurador/a Sr/a. ADELA CANO LANTERO

Contra D/ña. LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL

Procurador/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

AUTO

Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrada Juez, accidental, del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Madrid.

En Madrid, a 30 de julio de 2015.

HECHOS

ÚNICO.- Por la Procuradora Doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D., se presenta escrito de fecha 28 de julio de 2015 solicitando la adopción de medida cautelar inaudita parte; de la que se da cuenta a la suscribiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La medida cautelar es considerada como aquella actuación directa o indirecta que tienda a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria, con el fin de que tal tutela efectiva no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente (así, artículos 721.1, 726.1, y 728 L.E.C.).

Los presupuestos para su adopción vienen siendo tradicionalmente destacados por la Doctrina y la Jurisprudencia y pueden resumirse en: "fumus boni iuris" o apariencia de jurídica o de prevalencia jurídica que implica la existencia del derecho o interés jurídico legítimo, "periculum in mora" o peligro de un daño jurídico urgente e inminente por el retraso de la resolución definitiva, y caución.

Tales presupuestos vienen también recogidos expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya hemos reseñado.

De este modo, cierto es que la finalidad de las medidas cautelares es clara en aras de obtener una tutela judicial efectiva y cierto es que la nueva regulación completa y

detallada parece decantarse por una concepción o mentalidad abierta y decidida hacia las mismas, pero no es menos cierto que la Doctrina la Jurisprudencia y la propia Ley si se atiende a su propia exposición de motivos (XVIII) y a su articulado subrayan los peligros de la adopción de las medidas y su carácter de accesoriedad, provisionalidad e instrumentalidad. Queremos decir con ello por un lado que la decisión al respecto ha de tomarse con suma cautela pues a la presunción de derecho o buen derecho de la parte demandante se opone la presunción de derecho de la parte demandada a ser absuelta de la demanda y al mantenimiento de una situación jurídica o fáctica determinada hasta que no deba alterarse por sentencia firme. Por otro lado, aunque la adopción o no de las medidas cautelares requiere un estudio del cumplimiento de los requisitos y de las posiciones de la otra parte, no puede ser sino un estudio provisional, somero, incompleto, porque el juzgador no puede ya entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada anticipando su sentencia en una fase procesal previa. Finalmente las medidas cautelares, en todo caso, han de ser homogéneas con la futura ejecución de una sentencia hipotéticamente estimatoria y no pueden ser una excusa para causar un perjuicio irreparable o desproporcionado a la parte demandada.

SEGUNDO.- En efecto, por la parte actora se suplica resolución por la que se acuerde la medida cautelar de: **SUSPENSIÓN de la sanción impuesta al ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D. de descenso de categoría por el órgano administrativo de la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL, denominado Juez de Disciplina Social en fecha 5/06/2015, confirmada por el Tribunal Administrativo del Deporte con fecha de 13/07/2015.**

TERCERO.- Seguidamente, debemos analizar si está justificada la petición de la medida previa a la presentación de la demanda.

Las razones de urgencia o de necesidad a las que alude el artículo 730.2 de la LEC son las que justifican la presentación de la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, que se relacionan con el proceso de confección de la demanda principal cuyo tiempo no se corresponde necesariamente con la presentación de la solicitud. Es necesario determinar previamente cual va a ser la pretensión definitiva que se articule en la misma para determinar si existe o no correlación entre ambas (AAP Cádiz de 14 de marzo de 2005 y AAP Córdoba 23 de Mayo de 2002), no bastando la alusión a conceptos generalizados, debiendo precisarse datos concretos para determinar la procedencia de tales medidas. Por lo tanto, como presupuesto previo se requiere que la medida sea instrumental o idónea, y ello exige una correlación entre la solicitud de las medidas cautelares y la petición del procedimiento principal, de manera que si se estima la pretensión principal, los efectos y consecuencias sean los propios de la medida que se adoptó. Esto supone que la ausencia de interrelación entre ambas supondría el rechazo de

la medida cautelar, ya que en suma, ésta se caracteriza por garantizar la efectividad de la resolución de fondo recaída en el procedimiento principal.

En relación con este presupuesto es preciso traer a colación las consideraciones contenidas por la AP de Madrid sección 28ª, en los autos de 20 de diciembre y 22 de febrero de 2007 (citados por el AJMER Nº 5 de Madrid de 14 de Abril de 2009) que puedan sistematizarse de la siguiente forma: Se trata de una excepción respecto al régimen ordinario, previsto en el art. 730.1 de la LEC, consistente en la solicitud de tales medidas con la demanda principal. No puede ser confundido o identificado con el del peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares y previsto en el art. 728.1 de la Ley, porque si fuera así la solicitud de medidas previas quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del art. 730. 2 de la LEC resultaría vaciado de significado. Sin embargo, no puede considerarse en principio que ningún contenido de una disposición legal, en este caso el art. 730. 2 sea superfluo o carezca de significado.

La necesidad y urgencia ha de relacionarse necesariamente con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, con la que de ordinario han de solicitarse las medidas cautelares, y que provoquen que en el periodo imprescindible para preparar la presentación tal demanda (necesariamente breve, puesto que la demanda ha de presentarse dentro de los 20 días posteriores a la adopción de las medidas) puedan producirse acontecimientos que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria.

Sin ese "plus" añadido no solamente se desconoce el régimen legal de las medidas cautelares previas a la demanda que resulta de los preceptos legales mencionados, sino que se incurre en el riesgo de que tales medidas cautelares puedan utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, y sean utilizadas como simple medio de presión a las personas frente a las que se solicita, o como medio de anticiparse y situarse en mejor posición, de modo injustificado, que otros perjudicados que se encuentran en la misma situación que los recurrentes.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, se expone que *"al futbolista actor se le está impidiendo desarrollar su trabajo en base a unas normas que no gozan de rango legal y que atentan contra la libre competencia en el sector económico del Fútbol, produciendo irreparables perjuicios económicos y*

profesionales en el ámbito de su carrera deportiva en caso de no adoptarse la medida interesada de forma urgente". Ahora bien, tal argumentación parece referirse a un supuesto diverso, quizás un mero error mecanográfico, pero no justifica la adopción de una medida cautelar que se solicita con carácter previo a la demanda principal.

QUINTO.- Como se expresa en el precedente argumento, la parte instante ha interesado la adopción de las medidas sin dar traslado de la solicitud a la contraria, es decir, sin audiencia de parte. Esto supone que para poder estimar la solicitud y adoptar las medidas interesadas por la instante es necesario analizar y acreditar, en primer lugar que concurren razones de urgencia o de compromiso del buen fin de la medida si se le da traslado de la solicitud a la parte contraria. Si se considera acredita esta circunstancia se entraría a examinar los requisitos propios de las medidas cautelar.

El artículo 733.1 LEC dispone que "como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado". Sin embargo, el apartado 2 del precepto citado permite adoptar las medidas cautelares sin audiencia de las partes "cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar".

Por tanto, sólo cabe adoptar medidas cautelares *inaudita pars* cuando concurren las citadas razones de urgencia o la posibilidad de frustración de su eficacia, ya que en estos casos, se trata de evitar que se frustre la finalidad de la tutela cautelar. Ello supone que la solicitud inicial junto a los requisitos legalmente establecidos ha de hacer mención expresa de las razones que justifican la exclusión de la audiencia previa del demandado, con una motivación y justificación específica, e igualmente ha de efectuarse en el auto que resuelva sobre la misma (art. 733.2, párrafo primero, inciso final). Se trata, por otro lado, de conceptos jurídicos indeterminados que han de valorarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Se ha entendido que concurren razones de urgencia si la conducta constitutiva del peligro por la mora procesal estuviera preparada o se hubiera incoado con riesgo de consumir el perjuicio si hubiera que esperar a la celebración de la vista. Además, las razones de urgencia a las que se refiere el precepto no pueden identificarse ni con el *periculum in mora* que justifica la adopción de medidas cautelares, ni con las "razones de urgencia o necesidad" a las que alude el artículo 730.2 LEC, que son las que justifican la presentación de la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, y que en el caso que nos ocupa, o se han alegado y mucho menos acreditado, como se ha razonado previamente.

En cuanto a la urgencia, el Auto AP Asturias, Sección 7.º, de 13-06-2002 entiende que se produce cuando existe "un quantum" de peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una cautela, esto es, el que viene a configurar el presupuesto del *periculum in mora*.. Por su parte, el auto de 9-07-2001 AP Baleares, Sección 3.º, señala que "en definitiva, si la urgencia viene motivada por la necesidad imperiosa de proteger determinados derechos, en aquellos supuestos en los que de no procederse a su inmediato amparo se podría producir una insatisfacción definitiva, aunque luego se otorgara la tutela judicial en la sentencia, la misma no es predicable respecto a la supuesta disolución de una sociedad viva al formular la petición con base en la simple sospecha de que se constituyó exclusivamente para la promoción del edificio, que aconseje adoptar la medida inaudita parte". Por otro lado debemos señalar que no basta la mera alegación de razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida, sino es necesario que se acrediten, debiendo desplegarse una mínima actividad probatoria para demostrar que hay una serie de datos que indiciariamente nos permiten justificar la necesidad de adoptar la medida sin audiencia previa.

SEXTO.- Sin embargo, por la representación de ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D. se aducen razones de urgencia y se explica ésta, en, quizás con error mecanográfico, "al futbolista actor se le está impidiendo desarrollar su trabajo en base a unas normas que no gozan de rango legal y que atentan contra la libre competencia en el sector económico del Fútbol, produciendo irreparables perjuicios económicos y profesionales en el ámbito de su carrera deportiva en caso de no adoptarse la medida interesada de forma urgente."

No obstante, al desarrollar el presupuesto de *periculum in mora*, también alega que "como resulta público y notorio, la Real Federación Española de Fútbol, junto con la LFP, a las que la Ley de Deporte otorga competencia para organizar los campeonatos de liga de fútbol de 1ª y 2ª división, tiene acordado que el 22 de agosto próximo comenzará dicho campeonato. De no otorgarse la medida cautelar y con anterioridad a esa fecha, el Elche se vería obligado, a pesar de sus méritos deportivos, a participar en la 2ª División del Fútbol profesional, por el descenso de categoría impuesto como sanción por la LFP. Ello conlleva graves perjuicios económicos según se constata anteriormente."

Por otra parte, en la solicitud de adopción de medidas cautelares que nos ocupa, se reseña que:

- En fecha de 16/04/2015, el Presidente de la LFP, se dirigió al Juez de Disciplina Social de dicho organismo, comunicándole que el Elche CF, SAD, mantiene deudas con las Administraciones Públicas, motivo por el cual se insta a iniciar procedimiento disciplinario contra el club, al amparo del art. 80 de los Estatutos Sociales de la LFP. En concreto, y dado el tenor del documento n.º 2 "... luego de los trámites rituarios oportunos, dicte la pertinente providencia que dé inicio, en su caso, al correspondiente procedimiento disciplinario."
- Con fecha de 5 de junio de 2015, el Juez de Disciplina Social dicta Resolución en el Expediente 28/2014-15. De acuerdo con el documento n.º 3 de los aportados por la solicitante, mediante tal Resolución se acordó el descenso de categoría de la entidad y multa, como sanción económica.
- Recurrida tal resolución en vía administrativa, el Tribunal Administrativo del Deporte dictó Resolución de 13 de julio de 2015. Tal resolución se acompaña como documento n.º 4.
- Asimismo, ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D. impugnó tal resolución en vía contencioso administrativa.
- Con fecha de 16/07/2015 recayó Auto y ulteriormente Auto de 21/07/2015, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3.

Y partiendo de tal relato, se insertan ciertos argumentos referentes a "*irreparables perjuicios económicos*" pero los mismos se solapan a la expuesta en el escrito respecto del *periculum in mora* y no deviene constitutiva del "plus" requerido en el caso.

Siendo, en efecto, públicamente conocida la fecha de inicio del campeonato, sin embargo, ello no hubiera sido óbice a que la parte hubiera solicitado, bien con carácter principal, bien con carácter subsidiario la vista prevista en el art. 734 LEC, lo que no ha efectuado, como tampoco previsión o argumentación alguna sobre la no presentación de la demanda del procedimiento principal.

SÉPTIMO.- No obstante considerarse insuficientemente explicada la petición de adopción de medidas cautelares en momento previo a la interposición de la demanda principal y sin conferir audiencia a la contraparte, puesto que ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D. ha optado por el trámite del 733.2 LEC, también debe ponderarse que la actora expone que "nuestra petición de

medidas cautelares ante la jurisdicción civil se funda en la infracción que lleva a cabo la LFP de la Ley de Defensa de la Competencia al participar en el mercado relevante del fútbol profesional abusando de su posición de dominio, careciendo de amparo legal para ello, al imponer la sanción del descenso de categoría al Elche por impago de deudas tributarias."

Procede recordar el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo quinto, del Auto N.º 123/2015 de la Ilma. A.P. de Madrid, Sección 28ª, de 8 de junio de 2015, "...no puede afirmarse que los juzgados de lo mercantil carezcan de jurisdicción y de competencia para su conocimiento porque la tesis que se sostiene, con o sin acierto, es que la LNFP ha adoptado una decisión que conculca la prohibición establecida en los Arts. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que lo ha hecho, en su condición de asociación deportiva de derecho privado, fuera o al margen del ejercicio de las funciones disciplinarias que el Estado le tiene delegadas."

Y, únicamente a mayor abundamiento, procede la cita del Auto N.º 123/2015 de la Ilma. A.P. de Madrid, Sección 28ª, de 8 de junio de 2015, dictado con ocasión de la solicitud de adopción de medidas cautelares que en el pasado campeonato formuló el REAL MURCIA CF, S.A.D. frente a la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL.

En efecto, el mentado Auto, entre otras consideraciones, explicita que *"En el descrito contexto, lo que hace la resolución apelada es aplicar al caso el Art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, precepto que declara exentas de prohibición a aquellas conductas que, pese a ser capaces de impedir, restringir o falsear la competencia y pese a ser en abstracto susceptibles de incardinación dentro de sus Arts. 1 2 o 3 (colusión, abuso de posición dominante o deslealtad con falseamiento de la competencia), sin embargo "...resulten de la aplicación de una ley...". Y ello por entender que la decisión de descenso de categoría de REAL MURCIA que adoptó la LNFP gozaba de amparo o cobertura en los preceptos de rango legal y de naturaleza disciplinaria contenidos en la Ley del Deporte, pues -razona la resolución- la finalidad de dicho Art. 4, de acuerdo con la doctrina, no es otra que la de "...dar cobertura legal a aquellos supuestos en que el Legislador estima que la libre competencia, la libertad económica, la libre iniciativa empresarial y la propiedad privada no son los únicos y exclusivos principios que deben regir un determinado mercado, o parte del mismo; permitiendo con una fórmula legal amplia la existencia de otras leyes que por razones de interés público, interés social o interés general, impongan restricciones a la competencia entre partícipes en el mercado, o determinadas por los reguladores del mismo... "*

Por lo tanto, si la subsunción de la conducta en el ámbito de la norma que aplicó la LNFP (Art. 76-3 de la Ley del Deporte) fuera correcta, la decisión de dicha entidad tenía cobertura legal y no podría ser considerada, por ello, conducta prohibida por más que sus características

objetivas fueran las de una conducta colusoria de las previstas en el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. No es relevante a este respecto la circunstancia de que en la resolución del Juez de Disciplina Social se efectuasen las referencias normativas a los preceptos estatutarios correspondientes si se tiene en cuenta que en el caso examinado la tipicidad apreciada es de las que, además de en los estatutos de la LNFP, aparece expresamente contemplada en una norma con rango de ley como lo es la Ley del Deporte como falta disciplinaria." (...)

Ahora bien, si ya hemos razonado que lo llevado a cabo al respecto por la LNFP se enmarca plenamente dentro de las potestades administrativas que tiene delegadas en el ámbito disciplinario, es patente -y esto ni siquiera lo cuestiona REAL MURCIA si nos situamos en dicho ámbito- que la revisión de esa cuestión corresponde a los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Y creemos que la posibilidad de que este tribunal examine dicha cuestión a efectos meramente prejudiciales en aplicación del Art. 42 de la L.E.C. se encuentra vedada, no solo porque en este caso nos encontramos ya en presencia de un acto administrativo que goza provisionalmente de presunción de validez en tanto no sea declarado ineficaz por parte de dicha jurisdicción, sino también -y acaso fundamentalmente- porque la cuestión relativa a la validez del acto administrativo de que se trata no tiene carácter de mero antecedente de naturaleza tangencial en orden a la aplicación del Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que, en virtud de lo previsto en el Art. 4 de la misma al que nos hemos venido refiriendo, tal cuestión se identifica plenamente con el problema representado por la aplicabilidad o inaplicabilidad de la prohibición que dicho Art. 1 contiene."

OCTAVO.- En definitiva, no consta la existencia de motivos que pudieran haber impedido o dificultado gravemente a la parte solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal.

De ahí que no resulte procedente la adopción de las medidas cautelares expuestas.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA: no ha lugar a la adopción, sin audiencia de la parte demandada, de las medidas cautelares solicitadas por la Procuradora Doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de ELCHE CLUB DE FUTBOL, S.A.D. frente a la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL, con carácter previo a la formulación de demanda.

Estése a lo dispuesto en el art. 248 LOPJ. Frente a la presente resolución cabe interponer Recurso de APELACIÓN, ante este Juzgado en el plazo de 20 días desde la notificación de la presente.

De conformidad con lo dispuesto en la DISPOSICIÓN ADICIONAL 15ª, PUNTO 6 Y 7 y la DISPOSICIÓN FINAL de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial por la que se modifica la L.O. 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; SE INDICA la necesidad de constitución de depósito para recurrir la presente resolución; resultando precisa la consignación como depósito de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

Así lo acuerda, manda y firma, Ilma. Sra. Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrada Juez, Accidental del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid.