

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION UNDECIMA CIVIL

AUTO N°

Rollo: RECURSO DE APELACION 814 /2006

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FELIX ALMAZAN LAFUENTE

D. JESUS GAVILAN LOPEZ

D^a. MARIA JOSE ALFARO HOYS

En MADRID, a treinta y uno de enero de dos mil siete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 11 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de MEDIDAS CAUTELARES COETANEAS 755 /2006, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 47 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 814 /2006 , en los que aparece como parte apelante **D. JUAN MIGUEL VILLAR MIR**, representando por el Procurador Sr. Juanas

Blanco, y como apelados **D. RAMON CALDERON RAMOS, (impugna el auto), D. ARTURO BALDASANO LAVIÑA, CLUB DE FUTBOL REAL MADRID,** representados por los Procuradores D. LETICIA CALDERON GALAN, CARLOS MAIRATA LAVIÑA , ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN, sobre medidas cautelares coetáneas, **y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JESUS GAVILAN LOPEZ.**

HECHOS

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid, en fecha 30 de junio de 2006, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:" Con estimación parcial de las medidas cautelares formuladas por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Mairata Laviña en nombre y representación de D. Arturo Baldasano contra el Real Madrid Club de Fútbol, representado por D. Argimiro Vázquez Guillén, acuerdo la adopción de las siguientes medidas cautelares, previa prestación de la fianza pro importe de 6.900 euros:

1ª- La exclusión cautelar del cómputo del voto por correo en las Elecciones a la Presidencia y Junta Directiva del Real Madrid Club de Fútbol año 2006 recibido hasta la fecha por dicha entidad y su Junta Electoral y de todo el voto por correo pendiente de recibir hasta el día de las elecciones mientras no se dicte sentencia definitiva en el procedimiento

principal de impugnación de normas electorales que se sigue en este Juzgado.

2ª- Dotar a esta resolución de la publicidad suficiente que deberá efectuar y costear el Real Madrid Club de Fútbol de manera inmediata a su notificación a través de anuncios visibles en la sede social y en, al menos dos periódicos de Madrid coincidentes con aquellos en los que se publicó en anuncio o convocatoria electoral recogiendo expresamente la mención expresa de "Para general conocimiento e los socios del Real Madrid Club de Fútbol y en particular para que los socios que hubieran usado de su derecho al voto por correo puedan si lo estiman oportuno votar presencialmente, derecho también recogido en los estatutos y normas electorales."

SEGUNDO.- Notificado el mencionado auto, contra el mismo se interpuso recurso de apelación por D. Juan Miguel Villar Mir, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la partes contrarias, oponiéndose Club de Fútbol Real Madrid, y D.- José Ramón Calderón Ramos, que impugnó también el auto de fecha 30 de junio de 2006. Por providencia de fecha 8 de enero del corriente año, se hace la observación, a juicio del Tribunal, de que con referencia a la medida cautelar impugnada falta particulares necesarios para resolver la impugnación, procediendo enviar al Juzgado de origen, oficio, para que remita a este Tribunal testimonio íntegro del procedimiento principal 755/06, el cual fue remitido el 19 de enero de 2007. Se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 25 de enero de 2007, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en ambas instancias.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

La Sala acepta y da por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la resolución de instancia, salvo el concerniente a la fianza establecida, en los términos de esta resolución.

PRIMERO.- Antecedentes procesales del recurso.- La resolución de instancia estima parcialmente las medidas cautelares solicitadas y acuerda previa prestación de fianza al efecto, la exclusión cautelar del cómputo del voto por correo del proceso electoral al que se contraen estas actuaciones, mientras no se dicte sentencia definitiva en el procedimiento principal sobre impugnación de normas electorales, dotando a la resolución de publicidad inmediata para facilitar el voto presencial de las elecciones celebradas el día 2 de Julio, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho segundo de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva de la misma.

El recurso planteado por la representación procesal de D. Juan Miguel Villar Mir, se fundamenta, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas al respecto, en los siguientes motivos:

1º) Nulidad de pleno derecho del Auto dictado -artículos 227.1 y 225.-3º de la L.E.C.- por la atribución de legitimación procesal para instar las medidas a quien no ostenta la condición de actor o demandante principal, sino la de interviniente, al amparo del artículo 13 de la L.E.C. y con la finalidad de coadyuvar a las pretensiones del otro

candidato a la Presidencia, que requeriría resolución judicial al efecto, previa audiencia de las demás partes , debiendo ser solicitada por el actor principal o reconvencional, de acuerdo con el artículo 721.1, deducidas en el escrito de demanda - artículo 730-.

2º) Infracción del principio de cosa juzgada formal, citando el artículo 743 en relación con el artículo 736.2 de la L.E.C. al considerar que la medida cautelar interesada fue ya solicitada por el actor principal y rechazada de plano en virtud del Auto de 26 de Junio de 2.006, basadas ambas en la suspensión/anulación cautelar del cómputo , dictándose sin embargo tres días después nueva resolución al respecto, sin haberse producido variación de circunstancias posteriormente, sin que se hubiese aportado por el Sr.Baldasano en el acto de la vista de las medidas cautelares ningún principio de prueba.

3º) Infracción del artículo 728 de la L.E.C. por inexistencia de apariencia de buen derecho, dada la condición de coadyuvante de quien la solicito inicialmente debiendo deducirse de la pretensión de la demanda principal que tiene por objeto la impugnación de la norma electoral dictada por la Junta Electoral e indirectamente atacar los Estatutos donde se recoge esa posibilidad de voto por correo, así como la gestión y tramitación del mismo por las candidaturas, considerando que la norma XV objeto de impugnación constituía un marco normativo suficiente y eficaz para preservar la pureza del voto por correo, en cuanto que su aplicación permitía a la Junta Electoral analizar que votos se ajustaban a la normativa electoral, declarando nulos aquellos que no eran acordes a sus previsiones.

4º) Infracción del principio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos protegidos en la demanda y medida cautelar adoptada, citando la Sentencia de esta Sala de 15 de Abril de

2.002, y supone la anticipación de un eventual fallo estimatorio, que ha determinado la proclamación de un candidato, sin haber finalizado el escrutinio, siendo contraria a los Estatutos, marginando la voluntad de miles de socios que había votado por correo; afecta a la estabilidad y certidumbre de la institución con vulneración del artículo 726.1.2^a, siendo factible la exclusión en el cómputo de votos de aquellos que debieran declararse nulos , al no ajustarse a las previsiones reglamentarias.

5º) Insuficiencia de la caución admitida de 6.900 euros cuando los candidatos deben presentar aval por 45 millones de euros y los gastos de campaña electoral suponen la cifra aproximada de 4 millones de euros, lo que no guardaría relación con los posibles daños y perjuicios que la medida adoptada pudiera ocasionar

Se solicita la revocación de la resolución, dictando otra en su lugar por la que se declare la nulidad del Auto, dejando sin efecto la medida cautelar, resultando procedente el cómputo del voto válidamente emitido por correo, o subsidiariamente se declare contraria a derecho la medida, con el consiguiente alzamiento de la medida cautelar adoptada, o bien, con carácter subsidiario, se aumente la caución ofrecida.

Por la representación procesal de D. Ramón Calderón Ramos se formuló escrito de oposición al recurso de apelación anterior y se impugnó el Auto en los pronunciamientos desestimatorios, si bien desistió de su recurso, según consta en el presente Rollo de apelación, en la resolución del día 25 del presente mes de Enero. Su oposición al recurso se funda, sustancialmente, en los argumentos expresados en la resolución dictada por el Juzgado de instancia, cuya confirmación se interesa, con imposición de costas a la apelante.

Consta en las actuaciones la declaración de desierto del recurso interpuesto por la representación procesal del Real Madrid contra el Auto ahora objeto de apelación, al no haber interpuesto el mismo en el plazo conferido al efecto.

SEGUNDO.- Motivo primero: Nulidad de pleno derecho del Auto dictado.-

Como se reseñó anteriormente , fundada en los artículos 227.1 y 225.-3º de la L.E.C., se esgrime como núcleo esencial de la argumentación la falta de legitimación procesal de uno de los candidatos, el Sr.Baldasano, para instar las medidas, al no ostentar la condición de actor o demandante principal, sino la de interviniente , al amparo del artículo 13 de la L.E.C. y con la finalidad de coadyuvar a las pretensiones del otro candidato a la Presidencia, Sr.Calderón, que requeriría resolución judicial al efecto, previa audiencia de las demás partes , debiendo ser solicitada por el actor principal o reconvencional, de acuerdo con el artículo 721.1, deducidas en el escrito de demanda , en virtud del artículo 730 del mismo Cuerpo legal.

1.- Doctrina y jurisprudencia sobre finalidad y naturaleza de las medidas cautelares.-

Como se ha puesto de manifiesto por esta Sala en distintas resoluciones, pudiendo citar las de 15 de Septiembre de 2.006, Rollo de Apelación 302/06 y 19 de Septiembre de 2.005, Rollo de Apelación 266/05, citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona , de 17 noviembre 2003, <<.... debe destacarse que el TC ha considerado las medidas cautelares como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y así, en la STC núm. 238/1992, de 17 de diciembre, se declara que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de

evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

Expone el Tribunal Constitucional que el art. 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, "efectiva", y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello, se afirma en la STC 14/1992, F.J. 7º, que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso".

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como expresa su Exposición de Motivos, regula las medidas cautelares en un conjunto unitario de preceptos, así se encuentran ubicadas en el Libro III sobre "Ejecución Forzosa y de la Medidas Cautelares", Título VI, con la denominación "De las medidas cautelares", artículos 721 a 747, excluyendo únicamente las relativas a las medidas específicas de algunos procesos civiles, por la peculiaridad de su objeto (arts. 762 y 768). Se configuran con carácter instrumental, accesorio y provisional respecto de la sentencia que otorga una determinada tutela, pero sobre todo se conciben como un aseguramiento de la efectividad de la sentencia, tal y como se dispone en el artículo 721.1º de la Ley Procesal.

2.- *Legitimación y momento procesal para solicitarlas.*- Dicho lo anterior, que con carácter general sirve de obligada referencia a la presente resolución, la primera cuestión planteada, debe rechazarse. Consta en el propio auto apelado que la adopción de dicha medida tiene como antecedente la personación del solicitante Sr. Baldasano en la causa principal, interesando ser parte del procedimiento como demandante, al amparo del artículo 13 de la L.E.C. y en calidad de interviniente o coadyuvante del demandante principal, con fecha 28 de Junio de 2.006, que fue proveído ese mismo día por el Juzgado, folios 122 y 136 del testimonio, como lo fue el escrito del apelante Sr.Villar Mir , con fecha 29 de Junio, interesando igualmente se le tuviera como parte en el procedimiento en la misma cualidad de interviniente, quien asimismo solicitó la adopción de determinadas medidas cautelares con fecha 5 de Julio de 2.006, folio 283. A ambos se les confirió definitivamente la condición de parte en el procedimiento mediante Auto de 7 de Septiembre de 2.006, folio 383 de autos.

En consecuencia , y como primera conclusión, la pretensión y motivo del recurso aducida es contraria a los propios actos del apelante, en virtud del artículo 7.1 del C.C., pues el mismo, aún sin tener formalmente reconocida con carácter definitivo la condición de parte en el procedimiento principal, ni haberse agotado la tramitación ahora invocada del artículo 13 de la ley procesal, también había interesado la adopción de medidas cautelares, negando sin embargo legitimación al otro interviniente para su solicitud.

En segundo lugar, el Sr.Baldasano, una vez admitida a trámite su solicitud de personación inicial, presentó el siguiente día 29 de Junio solicitud de adopción de medidas cautelares, que fueron proveídas por el Juzgado, convocando a todos los personados en la actuaciones, incluido el ahora apelante Sr. Villar Mir., quien no solo compareció a la vista celebrada para la adopción de las medidas cautelares ahora

impugnadas sino que expresamente por su Letrado se agradeció la celeridad de la Justicia , adhiriéndose a la solicitud de la medida ,según consta al folio 48 de la Pieza de Medidas Cautelares, dentro del acta de la vista; de ello se deriva la falta de concurrencia del imprescindible requisito de la denuncia de la infracción procesal que ahora se dice cometida, al amparo del artículo 459 de la L.E.C., para poder sustentar la infracción procesal , cuando, por el contrario, se había mostrado su satisfacción por la tramitación del procedimiento.

Por tanto, y a mayor abundamiento , la no negada condición de interviniente en el procedimiento hasta aquellos momentos del Sr. Baldasano, en su condición de demandante, según se había solicitado en su escrito de personación , antes reseñado, le facultaba para la solicitud de medidas cautelares cursada el posterior día 29 de Junio, cumpliendo los requisitos del artículo 721.1 de la L.E.C., sin necesidad de haber sido el demandante inicial, pues aunque el apartado 1 del artículo 730 establece el supuesto ordinario de interposición al tiempo de la demanda, no puede olvidarse, por razón de su naturaleza, la posibilidad incluso de pedir las antes en supuestos de urgencia -apartado 2-, acordándose inaudita parte, o, en el caso del apartado 4, plenamente de aplicación al presente caso, si se basare la solicitud en hechos y circunstancias que justifiquen su adopción en esos momentos, que es lo que aconteció y se valora por la Juzgadora de instancia en el F.J. 2º de la resolución apelada, haciéndolo constar así expresamente en el encabezamiento del mismo, en relación , además, con aquellos hechos que fueron tenidos en cuenta para la resolución dictada por el Juzgado el. 26 de Junio anterior, atinente a la inicial solicitud de medidas cautelares del Sr. Calderon, sin producirse los efectos de cosa juzgada, que a continuación se analiza, por constituir el segundo de los motivos invocados.

TERCERO.- Motivo Segundo: Infracción del principio de cosa juzgada formal.-

Se cita el artículo 743 en relación con el artículo 736.2 de la L.E.C. al considerar que la medida cautelar interesada fue ya solicitada por el actor principal y rechazada de plano en virtud del Auto de 26 de Junio de 2.006, basadas ambas en la suspensión/anulación cautelar del cómputo del voto por correo, dictándose sin embargo tres días después nueva resolución al respecto, sin haberse producido variación de circunstancias posteriormente, sin que se hubiese aportado por el Sr.Baldasano en el acto de la vista de las medidas cautelares ningún principio de prueba.

Pues bien , al hilo de la anterior argumentación , no nos encontramos en el presente caso en un supuesto de solicitud de modificación de medidas cautelares del artículo 743, ni así mismo dentro de los supuestos de reproducción de solicitud de aquellas que fueron inicialmente denegadas, de acuerdo con el artículo 736.2, ambos de la L.E.C., invocados por el apelante. Como se ha reseñado anteriormente y consta en el Auto dictado en su antecedente de hecho primero, se trata de solicitud "ex novo" legítimamente planteada por el interviniente demandante en el proceso, al amparo del artículo 730.4, como expresamente reseña en el encabezamiento de su escrito, folio 187 del testimonio de la causa principal incorporado a estas actuaciones, y así se tramita por el Juzgado.

En consecuencia, partiendo de la base , con carácter general, de la difícil incardinación del instituto de la cosa juzgada, tanto material como formal, dentro del ámbito de las medidas cautelares, que , por definición y esencia, tienen una limitación temporal y carácter perentorio relacionada con la finalidad que las informa, fundada, según se dijo anteriormente, en la necesidad de asegurar, en su caso, la

efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional; material porque no se trata de una sentencia firme, al amparo, del artículo 222 de la L.E.C.; formal, porque aunque de dicha resolución dictada, en este caso el Auto anterior de medidas cautelares de 26 de Junio, pudiera predicarse esa cualidad por razón de su firmeza, al no haberse recurrido, en virtud del artículo 207.4 de la L.E.C., no puede olvidarse que como se pone de manifiesto en la Sentencia de la AP Vizcaya de 18 noviembre 2004, <<.. la tutela cautelar, regulada en los art. 721 y ss LEC, es un aspecto más del derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24 CE reconoce a todo ciudadano que interesa la intervención de los Tribunales en defensa de sus derechos o intereses legítimos, cuya finalidad es servir de protección, en determinadas situaciones de peligro que puedan impedir la posterior eficacia de la sentencia (art. 721 núm. 1 LECn), lo que implica que cuando se analiza para su adopción la bondad de la pretensión cuyo cumplimiento futuro se trata de garantizar, ello se hace sin prejuzgar el fondo del asunto ni la decisión final que al respecto se adopte, por cuanto se está ante una fase previa del proceso, obedeciendo la valoración que se realice, que no produce los efectos de cosa juzgada (T.S. Sala Primera, S. 22 de enero de 2000 , entre otras), a la procedencia o no de adoptar la medida pretendida, pues junto al derecho del actor a la garantía de la ejecución, está la presunción de derecho del demandado, en tanto en cuanto no recaiga sentencia condenatoria, a ser absuelto, de ahí el carácter instrumental o accesorio de las medidas cautelares respecto del proceso principal y su provisionalidad (art. 726 y 731 LECn).>>.-

Por todo ello, la cuestión queda reducida a constatar si concurrían los hechos y circunstancias suficientes que justificaran la solicitud en esos momentos por el interviniente en su calidad de demandante, como requisito exigido en el artículo 730.4 de la L.E.C., cuestión que debe

resolverse favorablemente, de acuerdo con el auto de instancia, por los siguientes motivos :

- a) Desde la fecha en que se dicta el mencionado Auto de 26 de Junio, hasta la celebración de al vista del día 30 siguiente, se ha producido un hecho de relevancia, cual es las diligencias de personación de la Comisión Judicial en la sede social del Real Madrid, y aunque en esta segunda pieza separada no consta su contenido y extensión , por corresponder a la primera de ellas, que se contrae a la inicial petición del Sr.Calderón, de las referidas medidas cautelares, es lo cierto que objetivamente supone, de un lado un nuevo hecho, y por otro, la aportación de elementos de juicio inexistentes al tiempo de adoptarse la anteriores.
- b) Estos elementos de juicio no tienen solución de continuidad con la celebración de la vista para la adopción de las medidas cautelares, donde, aparte de las nuevas manifestaciones de las partes, todas ellas relacionadas con los acontecimientos del proceso, se practicaron pruebas testificales del Sr. Torres Gómez, quien puso de manifiesto los pormenores de la Junta Electoral y el desarrollo hasta el momento del proceso electoral, en cuanto al voto por correo, así como la de un determinado testigo presencial -Sr.Rodríguez de Baturell- respecto de la actividad de la candidatura del Sr. Villar Mir en la captación del voto por correo.
- c) La existencia de deficiencias claras del proceso electoral en cuanto al voto por correo, lo confirma el extremo del Acuerdo de la Junta Electoral de 27 de Junio de 2.006, introduciendo la intervención notarial, que aunque teniendo el antecedente del Auto dictado por el Juzgado el día anterior, del nuevo examen de los testimonios antes reseñados, se confirma la no obtención de resultados positivos para dotarle de la imprescindible seguridad jurídica.
- d) En consecuencia, concurre el presupuesto del artículo 730.4 de la L.E.C. en orden a la existencia objetiva de nuevos hechos y circunstancias suficientes que justificaron la

solicitud en esos momentos por el interviniente en su cualidad de demandante, y la adopción de la medida cautelar ahora cuestionada, haciendo todo ello decaer las alegaciones al respecto.

CUARTO.- Motivo Tercero.- Infracción del artículo 728 de la L.E.C. por inexistencia de apariencia de buen derecho.-

Se cuestiona en este motivo la condición de coadyuvante de quien la solicito inicialmente debiendo, deducirse de la pretensión de la demanda principal que tiene por objeto la impugnación de la norma electoral dictada por la Junta Electoral e indirectamente atacar los Estatutos donde se recoge esa posibilidad de voto por correo, así como la gestión y tramitación del mismo por las candidaturas, considerando que la norma XV objeto de impugnación constituía un marco normativo suficiente y eficaz para preservar la pureza del voto por correo, en cuanto que su aplicación permitía a la Junta Electoral analizar que votos se ajustaban a la normativa electoral, declarando nulos aquellos que no eran acordes a sus previsiones.

Analizada con anterioridad la esgrimida falta de legitimación, la cuestión en el presente motivo queda circunscrita a valorar la existencia o no del requisito que se dice infringido. Para ello, debemos referirnos a la Sentencia de esta Sala de 20 mayo 2005, Rollo de Apelación 557/2004, donde ya se dijo que <<... la justificación de la evidente necesidad de las medidas en cuestión, tanto las específicas contenidas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , como de aquellas otras a que pudiera haber lugar, no puede ocultar la exigencia de una serie de requisitos y cautelas que han de concurrir a la hora de su adopción y que vienen reseñadas en el artículo 728 de la citada Ley que en todo caso ha de ser razonada y ponderada, fijándose uno de sus

límites, según indica la STC de 13 de febrero de 1.995 , en su homogeneidad con las medidas ejecutivas, pues al anticipar las medidas cautelares, en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Junto con esta lógica correlación, han de concurrir los requisitos, pacíficamente exigidos, que pueden sintetizarse, en la existencia de una situación jurídica tutelable, la verosimilitud del derecho que se ejercita -fumus boni iuris-; la expectativa de un daño inmediato o de difícil reparación, o la existencia del riesgo de que la ejecución se vea comprometida -periculum in mora-; la temporalidad y proporcionalidad de la medida y, por último, la exigencia de fianza, en su caso..... La "apariencia de buen derecho" significa que debe probarse que existe de forma indiciaria el derecho que se afirma en la demanda por el que se insta la tutela cautelar, no debiendo confundir este requisito con la razón última que lo sanciona, porque para adoptar las medidas cautelares no es preciso un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en última instancia sobre la pretensión de la parte actora, pues si así se hiciera se estaría prejuzgando o anticipando el fallo, lo que no es admisible. Esta apariencia de buen derecho debe alegarse y probarse por quien solicita la medida, y la forma de acreditarla es aportar elementos bastantes que permitan de entrada comprobar la existencia verosímil de ese derecho, sin perjuicio de que será en el proceso principal donde habrá que probar de forma cumplida su realidad. El artículo 728.2 LEC obliga al solicitante a "presentar los datos, argumento 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". Por tanto no basta con alegar sino que hay que justificar ese derecho, y acreditar, esto último, en el sentido de aportar prueba proporcionada, para

que el órgano de instancia pueda presumir al menos la realidad de la pretensión inicial.>>.

Pues bien, consta la solicitud y practica de prueba en el acto de la vista por el promotor inicial de las medidas cautelares, Sr.Baldasano, a los folios 45 y ss., en concreto la documental, interrogatorio y testifical, dando cumplimiento a los requisitos atinentes a la carga de la prueba antes descritos, y que confirmaron encontrarnos en presencia , con el carácter indiciario propio de esta medidas cautelares, esto es , de la existencia del derecho esgrimido en la demanda, cual es la situación de suma inseguridad jurídica en la tramitación del voto por correo que debiera provocar su anulación, todo ello, se insiste, con el carácter de mero indicio, y dejando a salvo el juicio sobre el fondo del asunto, que , naturalmente corresponde dilucidar en la causa principal y en la vista que se celebre al efecto, donde las partes puedan aportar en pleno ejercicio de su defensa todas las pruebas pertinentes, resolviendo el Juzgado la pretensión de fondo.

Esa existencia del derecho esgrimido queda confirmada que se concreta, después de todas las pruebas practicadas, en la ausencia de un procedimiento reglado por al Junta Electoral que hubiera garantizado los requisitos mínimos exigibles en el voto por correo, cuales son la identificación inequívoca del socio y el control sobre su voto, relacionado con su carácter personal, libre, directo y secreto, así como la imposibilidad de establecer métodos de envío de ese voto, bien fuera personal, por delegación, entrega a candidatos u cualquier otro sistema; tampoco las fechas de emisión y entrega, y por supuesto, como recalca el auto de instancia, el mecanismo de comprobación de la identidad del socio, como verdadero sujeto activo del proceso electoral. Esta afirmación no queda reducida al simple cuestionamiento del sistema electoral, sino a la comprobación "in situ" por la Comisión Judicial, en la

propia sede del Club, de los extremos en los que se funda y sirven de base para la decisión adoptada, así como las restantes pruebas de la vista, antes mencionadas, y lo que es más importante, y así se subraya también por la Juzgadora de instancia, en el propio reconocimiento de las partes en el acto de la vista, estando por tanto debidamente acreditada esa apariencia de buen derecho , como requisito esencial.

QUINTO.- Motivo Cuarto.- Infracción del principio de proporcionalidad.-

Se cuestiona la pugna entre los bienes jurídicos protegidos en la demanda y medida cautelar adoptada, citando la Sentencias de esta Sala de 15 de Abril de 2.002, pues, según se alega, supone la anticipación de un eventual fallo estimatorio, que ha determinado la proclamación de un candidato, sin haber finalizado el escrutinio, siendo contraria a los Estatutos, marginando la voluntad de miles de socios que había votado por correo; afecta a la estabilidad y certidumbre de la institución con vulneración del artículo 726.1.2^a, siendo factible la exclusión en el cómputo de votos de aquellos que debieran declararse nulos , al no ajustarse a las previsiones reglamentarias.

Siguiendo en la línea de la previsión del artículo 728 de la citada Ley, efectivamente, la medida, en todo caso, ha de ser razonada y ponderada, fijándose uno de sus límites, según indica la STC de 13 de febrero de 1.995, en su homogeneidad con las medidas ejecutivas, pues al anticipar las medidas cautelares, en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Sin embargo, en el presente caso no debe olvidarse que, habiéndose solicitado la declaración de nulidad o anulación de la norma electoral XV fijada por la Junta Electoral relativa al voto por correo, la exclusión cautelar

del cómputo del voto por correo, recibido hasta el día de las elecciones, hasta que recaiga sentencia definitiva en la causa principal, es plenamente ponderada y proporcional en orden a la finalidad perseguida en la causa principal y los efectos producidos no determinan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final.

Es decir, una cosa es la nulidad o anulabilidad que pueda producirse respecto de dicha norma electoral, con los consiguientes efectos inmediatos en orden a la validez de dichos votos, que constituye objeto de la causa principal, y otra cosa muy distinta es la mera paralización o exclusión cautelar, y por ende temporal, hasta sentencia definitiva, del recuento de aquellos votos recibidos por correo, debidamente custodiados hasta el momento. Por tanto, los derechos constitucionales en orden a la participación democrática de los socios en la conformación de la manifestación de voluntad del cuerpo electoral, -arts. 1,10 y 22 de la C.E.-están salvaguardados, pues lo que simplemente se ha hecho, acertadamente, por la resolución de instancia, es posponer su cómputo o recuento, hasta que se dicte sentencia definitiva, una vez celebrado el juicio plenario en los términos y garantías propias, antes reseñadas, en donde la Juzgadora, con plenitud jurisdiccional determine la declaración de nulidad, anulación o no de dicha norma electoral, con la trascendencia congruente en el voto por correo, de carácter total o parcial, de acuerdo con las pretensiones de las partes, desestimando el motivo aducido.

No puede olvidarse por otro lado, que esa suspensión cautelar del voto por correo, no impedía por la Junta Electoral haber adoptado cualquier otra resolución, en su caso, sobre la suspensión temporal o aplazamiento de las elecciones, de acuerdo con los estatutos, aunque en buena lógica haya primado la necesidad de evitar el vacío de poder e interinidad de los órganos de gobierno, en una institución

de la trascendencia social y deportiva como la compareciente, habiendo procedido, en definitiva, dentro del marco de sus competencias, a la proclamación de la lista más votada presencialmente por los socios, como expresión máxima del ejercicio constitucional invocado, suspendiendo cautelarmente y hasta sentencia definitiva, aquellos que racional y fundadamente adolecían de las imprescindibles garantías jurídicas, compatibilizando, en consecuencia, todos los intereses en juego.

SEXTO.- Motivo Quinto y último.- Insuficiencia de la caución admitida de 6.900 euros.-

Se alega que los candidatos deben presentar aval por 45 millones de euros y los gastos de campaña electoral suponen la cifra aproximada de 4 millones de euros, lo que no guardaría relación con los posibles daños y perjuicios que la medida adoptada pudiera ocasionar. Pues bien, esta pretensión debe acogerse, pero no tomando como referencia el aval de presentación de candidaturas, ni el conjunto de gastos soportados en la campaña electoral, que no se ha visto cercenada, sino de aquellos que pudieran guardar una cierta relación con los propios de la actividad a que se contraen las actuaciones, esto es, el voto por correo, como gasto específico en sus distintas facetas. Por ello, se considera más ajustada y ponderada la cifra de 250.000 euros, que deberán consignarse ante el Juzgado en el término de cinco días, con arreglo al artículo 735.2 de la L.E.C., por el solicitante, comprendiendo aquellas partes que se han opuesto a su alzamiento en sede del recurso interpuesto e invocan un interés legítimo y directo en su mantenimiento, de acuerdo con los artículos 721.1 y 13 de la L.E.C., garantizando por tanto todos los derechos objeto de controversia, de acuerdo con sus pretensiones, lo que conlleva la estimación parcialmente del recurso.

SÉPTIMO.- Costas de esta alzada.-

No se imponen a ninguna parte al haberse estimado parcialmente el recurso, de acuerdo con el artículo 398 de la L.E.C.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Juan Miguel Villar Mir contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid, de fecha 30 de junio de 2006, revocando el Auto de instancia sólo en la caución que se fija en 250.000 euros, que deberán consignarse en el términos de cinco días ante el Juzgado de instancia ,confirmando en su integridad el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas, sin especial pronunciamiento en costas de esta alzada. Esta resolución es firme y no admite recurso ordinario ni extraordinario alguno, en virtud del artículo 477 de la L.E.C.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. arriba referenciados. Doy fe.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico