

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 697/2013

Fecha Sentencia: 15/01/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 1126/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Vista: 24/10/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. MADRID

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por: RSJ

Nota:

Sociedad Anónima Deportiva. Impugnación de dos acuerdos adoptados por la junta de accionistas, de ampliación de capital social, basada en un defecto de constitución de la junta, pues tuvo en cuenta para el cómputo del quorum acciones que no estaban realmente desembolsadas.

Prueba o test de resistencia. La eficacia legitimadora del libro registro de acciones nominativas está supeditada al control judicial, y puede realizarse con ocasión de la impugnación de acuerdos, con carácter prejudicial.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 1126/2011
Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo
Vista: 24/10/2013
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 697/2013

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. Antonio Salas Carceller
D. Ignacio Sancho Gargallo

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por la entidad Club Atlético de Madrid, S.A.D., representada por la procuradora Amparo Laura Díez Espí y asistida por el letrado Pablo A. Jiménez de Parga, que comparecieron el día de la vista.

Es parte recurrida Emilio Abejón Huecas, Javier Melones Ruiz, José Luis Sánchez Ayuso, Mariano Recuero Parrilla y Juan Sebastián Padilla Sánchez,

representados por la procuradora Isabel Martínez Górdillo y asistidos por el letrado Antonio Perea Gala, que comparecieron el día de la vista.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Isabel Martínez Gordillo, en nombre y representación de Angel Alfonso Camba Barbolla, Ildfonso Martínez Ladrón de Guevara, Javier Melones Ruiz, Nemesio García Rojo, Antonio Mendoza Sanz, Antonio Miguel Carmona San Cipriano, Emilio Abejón Huecas, José Luis Sanchez Ayuso, Luis Daniel Sánchez de León García, Isaac García Rodríguez, Mariano Campo Alegría, David Notario Tomás, Mariano Recuero Parrilla, José Luis Domínguez Barroso, Antonio Correas Amador, Juan Sebastián Padilla Sánchez, Francisco Padilla Lorenzo y Ignacio Salcedo Sánchez de la Blanca, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid, contra la entidad Club Atlético de Madrid Sociedad Anónima Deportiva, para que se dictase sentencia:

"condenando a la entidad demandada a que:

i) Se declare nula la Sesión del Consejo de Administración del "Club Atlético de Madrid, S.A.D." celebrada el día 28 de mayo de 2003.

ii) Se declare nula la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la sociedad "Club Atlético de Madrid, S.A.D." celebrada el día 27 de junio de 2003, por los siguientes motivos:

ii.a) Incumplir en su celebración las normas imperativas que regulan la convocatoria, la composición y validez de la lista de asistentes.

ii.b) Nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General de Accionistas de incrementar el capital social mediante compensación de créditos y otra por aportación dineraria y supresión total del derecho de suscripción preferente, por exigencias del interés de la sociedad.

ii.c) Subsidiariamente a ii.a) y ii.b) si el acuerdo fuese meramente anulable que se declare su ineficacia.

iii) Que como consecuencia de la anulabilidad o nulidad de dicho acuerdo, se declare también la de aquellos otros por los que se modificaba el artículo 5 de los Estatutos Sociales.

iv) Como consecuencia de todo lo anterior, se declare la nulidad o ineficacia de cuantos actos se hayan podido realizar como consecuencia de los actos aludidos, e igualmente la de las anotaciones e inscripciones que pudieran figurar o se hubieran llevado a cabo en cualquier Registro Público y de forma especial en el Registro Mercantil.

v) Como consecuencia de ello, se solicita la condena a la demandada a estar y pasar por dicha declaración con expresa condena en costas."

2. La procuradora Amparo Laura Díez Espí, en representación del Club Atlético de Madrid, S.A.D., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, rechazando todos los pedimentos de los actores, absuelva a mi representado, con expresa imposición de costas a los demandantes."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 74 de Madrid dictó Sentencia con fecha 30 de abril de 2009, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por Angel Alfonso Camba Barbolla y los restantes actores, contra "Club Atlético de Madrid, S.A.D." a quien absuelvo de los pedimentos contra ella deducidos en la demanda. No hago imposición expresa de las costas de este juicio."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la entidad Club Atlético de Madrid, S.A.D. y Javier Melones Ruiz, José Luis Sánchez Ayuso, Emilio Abejón Huecas, Mariano Recuero Parrilla y Juan Sebastián Padilla Sánchez.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 4 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: 1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Javier Melones Ruiz, D. José Luis Sánchez Ayuso, D. Emilio Abejón Huecas, D. Mariano Recuero Parrilla y D. Juan Sebastián Padilla Sánchez contra la sentencia dictada el 30 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid, en los autos de juicio ordinario nº 803/2003, del que este rollo dimana.

2.- En consecuencia, revocar la meritada sentencia en el sentido de que, estimando parcialmente los pedimentos de la demanda, procede declarar nulos los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de Club Atlético de Madrid, Sociedad Anónima Deportiva de 27 de junio de 2003.

3.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Club Atlético de Madrid, Sociedad Anónima Deportiva contra la meritada sentencia.

4.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas derivadas del recurso de apelación interpuesto por D. Javier Melones Ruiz, D. José Luis Sánchez Ayuso, D. Emilio Abejón Huecas, D. Mariano Recuero Parrilla y D. Juan Sebastián Padilla Sánchez.

5.- Imponer a Club Atlético de Madrid, Sociedad Anónima Deportiva las costas ocasionadas por el recurso de apelación."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

5. La procuradora Amparo Laura Díez Espí, en representación de la entidad Club Atlético de Madrid, S.A.D., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción de los derechos fundamentales del art. 24 del Constitución Española.

2º) Infracción del art. 456.1 LEC, en relación con los artículos 400.1 y 412.1 de la LEC, y del art. 24 de la Constitución.

3º) Infracción del art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil .

4º) Infracción de los derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española.

5º) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

6º) Infracción de los arts. 465.5 y 218 de la LEC."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 55 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2º) Infracción del art. 104.1 de la Ley de Sociedades Anónimas."

6. Por diligencia de ordenación de fecha 6 de mayo de 2011, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Club Atlético de Madrid, S.A.D., representada por la procuradora Amparo Laura Díez Espí; y como parte recurrida Emilio Abejón Huecas, Javier Melones Ruiz, José Luis Sánchez Ayuso, Mariano Recuero Parrilla y Juan Sebastián Padilla Sánchez, representados por la procuradora Isabel Martínez Górdillo.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 21 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de CLUB ATLÉTICO DE MADRID SAD, contra la Sentencia dictada, en fecha 4 de marzo de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo nº 7/2010, dimanante del procedimiento ordinario nº 803/2003, del Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid."

9. Dado traslado, la representación procesal de Javier Melones Ruiz y otros presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Se señaló para la celebración de vista pública el día 24 de octubre de 2013, en que ha tenido lugar. La sentencia no se ha dictado en el plazo establecido debido a la complejidad del asunto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **IGNACIO SANCHO GARGALLO**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. El Club Atlético de Madrid, S.A.D. celebró una junta general extraordinaria de accionistas el día 27 de junio de 2003, en la que se aprobaron los dos primeros puntos del orden del día: una ampliación del capital social de 22.279.792,23 euros por compensación de créditos y otra ampliación de 13.967.521,40 euros, con aportaciones dinerarias, mediante la emisión de 446.632 y 280.000 nuevas acciones nominativas, con exclusión del derecho de suscripción preferente.

En aquel momento el club estaba intervenido, como medida cautelar adoptada por la Audiencia Nacional, que ya había dictado sentencia, el 14 de febrero de 2003, por la que condenaba al Sr. Gil y Gil y al Sr. Cerezo Torres como autor y cooperador necesario, respectivamente, de un delito de apropiación indebida. La sentencia negó la realidad de las aportaciones dinerarias que aparecen reflejadas en la escritura de constitución de la SAD. Entendió que los ingresos realizados en las cuentas bancarias no tenían otra finalidad que la de aparentar el desembolso, pues luego fueron reintegrados mediante la cobertura de una trama negocial urdida por el Sr. Gil y Gil, presidente del club, con la colaboración del Sr. Cerezo Torres, vicepresidente del club.

La Audiencia Nacional, mediante auto de 20 de junio de 2003, autorizó la operación de ampliación de capital social, que eran objeto del orden del día de la junta de 27 de junio de 2003.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de febrero de 2003 fue revocada por otra de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2004, que después de afirmar que existió el hecho criminal, absuelve al Sr. Gil y Gil y al Sr. Cerezo Torres, como consecuencia de haber apreciado la prescripción del delito.

2. La demanda civil de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 27 de junio de 2003, se fundó, entre otros motivos, y por lo que ahora interesa, en la ilegal composición del Consejo de Administración que convocó la junta de accionistas, por una parte, y en la ilegal presidencia, constitución y quórum de la junta, por otra. Respecto de esta última causa, en la demanda se argumenta que "al darse por supuesto el desembolso de las aportaciones correspondientes a Gil y Gil y a Cerezo Torres, que no lo estaban, se incurrió en una infracción en la determinación del quórum para la constitución de la junta y de la mayoría para la aprobación de los acuerdos adoptados".

3. Si bien la demanda fue desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y declaró la nulidad de los acuerdos impugnados. La Audiencia acoge el motivo de impugnación que se refiere a que no debió permitirse la asistencia a la junta a los señores Gil y Gil y Cerezo Torres, y por extensión a sus sociedades instrumentales, ni computar sus acciones para la conformación del quórum, porque el importe de aquellas no estaba realmente desembolsado.

Al hacerlo, la Audiencia Provincial partió de los hechos probados declarados en la sentencia de la Audiencia Nacional, que reseñamos a continuación, sin perjuicio de la impugnación que respecto de ellos se contiene en el recurso extraordinario por infracción procesal.

i) El 7 de enero de 1992, la junta directiva del club Atlético de Madrid, a propuesta del Sr. Gil y Gil, adoptó el acuerdo de pagar la deuda que formalmente tenía reconocida la entidad a favor de este último mediante la cesión del contenido económico de los derechos federativos sobre los 30 jugadores de la plantilla, para su posterior reingreso a la entidad, de modo que no se viera modificado por dicha deuda el saldo patrimonial neto negativo y con ello tampoco el capital social exigible en el proceso de transformación en sociedad anónima deportiva (por cuanto habría de fijarse prescindiendo ya de esa deuda). El acuerdo se hacía extensivo a la forma en que se operaría el retorno, a saber: mediante la cesión, por parte del Sr. Rodolfo, inmediatamente después de la transformación, por el mismo precio, del contenido económico de los derechos federativos.

ii) La deuda en cuestión, superior a 1.986.000.000 pts, había sido reconocida en sendas escrituras públicas de 31 de enero de 1989 y 30 de julio de 1990, otorgadas por el Sr. Cerezo Torres (a la sazón vicepresidente) en nombre del

club, a pesar de las siguientes circunstancias: no aparecían reflejadas en la contabilidad del club; tales reconocimientos, según los estatutos, debían haberse realizado en el seno de la Asamblea General, no en el de la Junta Directiva, como acaeció; no constaba la procedencia de los fondos con que se llevaron a cabo los pagos realizados por el Sr. Gil y Gil a que se decían obedecer; tales reconocimientos se otorgaron a pesar del compromiso asumido por el Sr. Gil y Gil (plan de saneamiento por él ratificado, a requerimiento del Consejo Superior de Deportes, el 16 de julio de 1987, posteriormente corroborado en el de 30 de agosto de 1990) de no reintegrarse más que con cargo a beneficios.

iii) Por medio de escritura datada el 22 de enero de 1992 se instrumentalizó la cesión del contenido patrimonial de los derechos federativos de los jugadores al Sr. Gil y Gil.

iv) Con fecha 23 de enero de 1992, el Sr. Gil y Gil y el Sr. Cerezo Torres, este último actuando en nombre de club, otorgaron una escritura pública en la que el primero reconoció no ser titular de crédito o derecho económico alguno frente al club, y el segundo manifestó que el club no debía cantidad alguna al Sr. Gil y Gil y que no tenía conocimiento de que existiese a dicha fecha deuda alguna a favor de terceras personas que no estuviese contablemente reflejada a 30 de junio de 1991.

v) Esta escritura fue remitida a la Comisión Mixta de Transformación, que el 28 de enero de 1992, en atención a la misma, fijó el capital mínimo del club en la cantidad de 2.060.309.000 pts, a los efectos de su conversión en sociedad anónima deportiva, lo que fue comunicado al club al día siguiente.

vi) El 30 de junio de 1992, el Sr. Gil y Gil, en su condición de presidente del club, otorgó la escritura de constitución de la sociedad anónima deportiva, en la que hizo constar la suscripción de la totalidad del capital social, y la realidad de las aportaciones dinerarias (según lo exigido por el art. 21.2 Ley del Deporte), y presentó certificados bancarios acreditativos del ingreso en una cuenta a nombre de "Club Atlético de Madrid en transformación en sociedad anónima deportiva-sociedad en constitución", en el Banco de Vitoria, por parte del Sr. Gil y Gil, de 1.300.000.000 pts en concepto de aportación a capital, así como de la constitución en Credit Lyonnais España, S.A. de un depósito por parte del Sr. Cerezo Torres a nombre de Club Atlético de Madrid SAD en constitución, para la suscripción de acciones por importe de 650.255.200 pts.

vii) El mismo 30 de junio de 1992, el Sr. Gil y Gil, en su condición de presidente de la sociedad anónima deportiva (SAD), se dirigió al Banco de Vitoria para solicitarle que, habiéndose procedido en aquella fecha a firmar escritura de cesión a la entidad de la totalidad de los derechos de transferencia de los jugadores profesionales de la plantilla, se sirviera transferir a la cuenta corriente abierta a nombre del Sr. Gil y Gil la cantidad de 1.300.000.000 pts.

viii) El Sr. Gil y Gil dirigió otra carta fechada, el 3 de julio de 1992, a Credit Lyonnais, en la que, aduciendo la misma causa, le solicitaba, en su calidad de presidente de la SAD, que transfiriese a la cuenta corriente que el Sr. Gil y Gil mantenía en esa entidad la cantidad de 650.250.000 pts, y la transferencia de esta suma a otra cuenta del Sr. Cerezo Torres, en concepto de adelanto para la compra por el Sr. Gil y Gil de las acciones que el Sr. Cerezo Torres había suscrito.

ix) Como consecuencia de las operaciones descritas el Sr. Gil y Gil devino titular del 95 % de las acciones de la entidad demandada.

x) El 17 de noviembre de 1992, el Sr. Cerezo Torres y el Sr. Gil y Gil suscribieron un contrato por el que este último transmitió al primero 23.507 acciones, representativas del 9,46% del capital social, por un precio de veinte millones de pesetas, lo que significaba un importe de 850 pts por acción, frente a las 8.400 pts por acción que desembolsaron los demás socios que meses antes habían concurrido en la constitución de la sociedad anónima deportiva.

Sobre la base de los anteriores hechos, la sentencia recurrida argumenta que ha existido un fraude de ley, pues el ingreso realizado en su día por el Sr. Cerezo Torres y el Sr. Gil y Gil, en las cuentas del club, que formalmente suponía el desembolso que les legitimaba para concurrir como socios a la junta y votar sobre los acuerdos propuestos, no fue más que un elemento más del entramado fraudulento diseñado para eludir las exigencias impuestas por la Ley del Deporte (en concreto el art. 21.2 Ley 10/1990), pues estaba asegurado el reembolso inmediato de esas cantidades. En consecuencia, entiende que la legitimación que deriva de aparecer en el libro registro de acciones carece de virtualidad, pues se trata de una legitimación prima facie, que opera con fuerza de presunción *iuris tantum*.

4. Contra la sentencia de apelación, la demandada interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

5. *Formulación del primer motivo.* Este motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 169.1 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, en concreto, del derecho fundamental a un proceso con todas garantías, entre las que se encuentra el ser juzgado por un juez imparcial. En el desarrollo del motivo se argumenta que uno de los magistrados que formó parte de tribunal de apelación que dictó la sentencia recurrida, Alberto Arribas Hernández, no era imparcial pues es aficionado del club, acude al campo con su hijo, quien consta que forma parte de un grupo opositor a la directiva del club. De este modo, según el recurso, concurriría la causa de abstención previstas en los ordinales 9º y 10º del art. 219 LOPJ.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

6. *Desestimación del primer motivo.* El derecho a ser juzgado por un juez imparcial indudablemente forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías. Pero la forma de preservar esta garantía es mediante la abstención del juez afectado por una causa de las reseñadas en el art. 219 LOPJ o, en su defecto, la recusación, como hemos recordado recientemente en la Sentencia 540/2013, de 13 de septiembre.

En un supuesto en que no se ha hecho valer la recusación antes de que el tribunal dictara sentencia, porque la circunstancia que constituye causa de abstención se ha conocido con posterioridad, es necesario justificar que verdaderamente concurre y que no se tuvo conocimiento de ella sino después de que se dictara la sentencia.

En nuestro caso se invocan los motivos de abstención recogidos en el ordinal 9º (*amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes*) y en el 10º (*tener interés directo o indirecto en el pleito o causa*), del art. 219 LOPJ. A la vista de los hechos reseñados no se aprecia que concorra ninguna de las dos causas de abstención en el magistrado Sr. Arribas. El hecho de que sea aficionado del Atlético Madrid y acuda con sus hijos a su estadio de fútbol para ver los partidos de este equipo, y que uno de sus hijos, a juzgar por algunos signos externos (la bufanda que lleva) y alguna manifestación vertida en un foro de internet, pudiera desprenderse que no simpatiza con la directiva (se entiende que el hijo), no significa que el magistrado Sr. Arribas tenga amistad íntima con los demandantes

o enemistad con el club, ni con su presidente Sr. Cerezo Torres, ni tampoco constituye un signo evidente de que tiene interés en el pleito. Razón por la cual no cabe apreciar una infracción del derecho fundamental a ser juzgado por un juez imparcial.

7. *Formulación del segundo motivo.* El motivo se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC, en la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en concreto del art. 456.1 LEC, en relación con los arts. 400.1 y 412.1 LEC.

En el desarrollo del recurso se aduce que la Audiencia estimó el recurso de apelación sobre la base de un hecho nuevo, introducido por los apelantes al formular su recurso de apelación. Los apelantes habrían abandonado el argumento consistente en que los accionistas cuyas acciones estaban embargadas (Sr. Gil y Gil y Sr. Cerezo Torres) no podían ejercitar sus derechos políticos, única cuestión suscitada en la junta; para introducir otro nuevo consistente en que estos accionistas estaban en mora en el momento que se celebró la junta general, al no haber realizado el desembolso de las acciones suscritas en el año 1992, con ocasión de la transformación del club en sociedad anónima.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

8. *Desestimación del segundo motivo.* Para desestimar el motivo basta con advertir que la alegación de que no podían tenerse en cuenta en el cómputo del quórum las acciones que no habían sido desembolsadas por el Sr. Gil y Gil y por el Sr. Cerezo Torres, se contiene en el hecho segundo y en el fundamento de derecho segundo de la demanda, y guardan relación con el suplico en el que, además, se especifica como una de las causas por las que se pedía la declaración de nulidad de los acuerdos impugnados, el incumplimiento de las normas imperativas sobre la composición y validez de la lista de asistentes. De este modo, no ha existido ninguna modificación del objeto del proceso, tal y como quedó configurado con los escritos de alegaciones, razón por la que no puede sostenerse que haya habido infracción del art. 412.1 LEC, ni mucho menos del art. 400 LEC.

9. *Formulación del motivo tercero.* El motivo tercero se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto del art. 217 LEC, que contiene las reglas sobre

distribución de la carga de la prueba, al considerar la sentencia recurrida como hechos probados los resultantes de una sentencia penal absolutoria.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

10. Desestimación del motivo tercero. El motivo debe desestimarse porque en este caso no se han aplicado las reglas de la carga de la prueba que se denuncian infringidas. Esto es, no ha existido ninguna infracción de las reglas de la carga de la prueba, porque no se ha cumplido el presupuesto legal para su aplicación, ya que el tribunal no ha considerado respecto de alguno de los hechos relevantes alegados por las partes que tuviera duda sobre su acreditación. Como recuerda la Sentencia 333/2012, de 18 de mayo, “las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria”. En realidad, se pretende combatir que el tribunal de apelación haya declarado como hechos probados los que así fueron declarados en la sentencia de la Audiencia Nacional, cuestión ajena al presente motivo.

11. Formulación del motivo cuarto. El motivo de amparo en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en la vulneración, en el proceso civil, de derechos reconocidos en el art. 24 CE, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva, con indefensión para el demandado, debido al error patente y notorio en que incurre la sentencia recurrida al valorar la prueba, porque lleva a cabo una interpretación ilógica e irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos.

El error habría consistido, según se explica en el desarrollo del motivo, en que la sentencia ha tenido en cuenta, como lista de asistentes a la junta que adoptó los acuerdos impugnados (de 27 de junio de 2003), otra distinta, la unida con el acta de la junta celebrada el día 22 de diciembre de 2003.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

12. Desestimación del motivo cuarto. Hemos de partir, como en otras ocasiones, de la jurisprudencia sobre la revisión de la valoración de la prueba: “la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial

efectiva (Sentencia 326/2012, de 30 de mayo, con cita otras anteriores: núms. 432/2009, de 17 de junio; 196/2010, de 13 de abril; 495/2009, de 8 de julio; y 211/2010, de 30 de marzo)”. Es cierto que la sentencia de apelación cuando reseña los asistentes a la junta en la que se adoptaron los acuerdos impugnados se equivoca y menciona los que aparecen en la lista de asistentes de la junta celebrada el día 22 de diciembre de 2003, lo cual constituye un error notorio.

Pero la mera existencia del error en la valoración de la prueba no basta para la estimación del motivo, sino que es necesario además justificar su relevancia porque hubiera determinado que se desestimarán total o parcialmente las pretensiones del recurrente, ocasionándole indefensión. Esto último es lo que no ocurre en este caso, ya que el error al mencionar la lista de asistentes a la junta en la que se adoptaron los acuerdos impugnados carece de relevancia, pues no afecta a la estimación del motivo de la impugnación, el defecto en la constitución de la junta porque se admitió la participación de socios respecto de los que se ha declarado que no tienen desembolsadas sus acciones.

13. *Formulación del motivo quinto.* El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 CE, en concreto, los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías. Esta vulneración se habría producido “al dar por probados -la sentencia- unos hechos que, además de haber sido introducidos novedosa e indebidamente en el grado de apelación, afectan directamente a terceros a los que ni siquiera se les ha dado oportunidad de ser oídos en el presente procedimiento y a quienes, en definitiva, se les imputa ser responsables de un fraude de ley.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

14. *Desestimación del motivo quinto.* El planteamiento del motivo parte de un presupuesto erróneo, pues presupone que no se habría constituido correctamente la relación jurídico procesal, por no haberse demandado a los socios respecto de los que se afirma que no debían tenerse por desembolsadas sus acciones (Sr. Gil y Gil y Sr. Cerezo Torres), al haber incurrido en un fraude de ley. Este presupuesto es erróneo porque la acción ejercitada era de impugnación de acuerdos sociales, respecto de los que tan sólo está legitimada pasivamente la sociedad, frente a quien debe dirigirse la demanda de impugnación (art. 117.3 TRLSA), y los efectos de la sentencia estimatoria se limitan a dejar sin efecto los

acuerdos impugnados, en este caso los adoptados por la junta defectuosamente constituida. Ni se exceptuó la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por el hecho de que no hubieran sido demandados aquellos dos socios respecto de los que se afirma que ha existido un fraude de ley en el desembolso de sus acciones, ni cabe apreciarlo de oficio, pues no se dan los presupuestos que lo justificarían.

Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 76/2011, de 1 de marzo, para salvaguardar el principio de tutela judicial efectiva y evitar la indefensión de quienes no han sido llamados al litigio cuando debieran serlo (...), el artículo 12 LEC dispone que "*cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*". Esta previsión normativa ha sido interpretada por la Sala en el sentido de que el litisconsorcio necesario exige que concurren conjuntamente los siguientes requisitos: i) nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; ii) que ese nexo sea inescindible, homogéneo y paritario; y iii) que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor (Sentencias 266/2010, de 4 mayo, y 76/2011, de 1 de marzo).

En el caso de la acción de impugnación de acuerdos sociales, en atención a su objeto y a los efectos de una eventual estimación, la propia ley ha previsto que la demanda vaya dirigida contra la sociedad (art. 117.3 TRLSA). Sin perjuicio de una posible intervención voluntaria, los posibles intereses afectados de los socios o administradores no determinan necesariamente que deban ser llamados al proceso, al no apreciarse un nexo común, inescindible, homogéneo y paritario, configurador de una comunidad de riesgo.

15. Formulación del motivo sexto. El motivo de amparo en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto los arts. 465.5 y 218 LEC, ya que la sentencia no tiene en cuenta las alegaciones que la demandada realizó de forma subsidiaria, para el caso en que se considerara que el Sr. Gil y Gil y el Sr. Cerezo estaban privados de voto, en el sentido de que también en ese caso el sentido de los acuerdos adoptados por la junta hubiera sido el mismo.

Si el capital social, cuando se celebró la junta (27 de junio de 2003), estaba dividido en 248.480 acciones, de las que 235.494 (23.507 del Sr. Cerezo Torres y 211.987 de Promotora Inmobiliaria Alhambra, S.A.) estarían afectadas por el fraude de ley en su desembolso y por lo tanto no deberían tenerse en consideración, quedarían 12.986 acciones con derecho de voto. De ellas, 5.038 asistieron a la junta, lo que supone el 38,79% del capital social, superior al quórum del 25% exigido por el art. 103 TRLSA. Por lo que respecta a las mayorías exigidas para la aprobación del acuerdo de ampliación de capital social, la primera ampliación habría sido aprobado por 3.797 votos a favor y 1.241 en contra; mientras que la segunda lo habría sido por 4.790 votos a favor y 248 votos en contra. En ambos casos, sería una mayoría superior a los dos tercios del capital presente o representado en la junta, exigido por el art. 103 TRLSA.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

16. Estimación del motivo sexto. Conviene enmarcar la cuestión controvertida con la doctrina de esta Sala sobre la congruencia de la sentencia y las consecuencias de esta exigencia. Con carácter general, “la congruencia a que se refiere el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE- exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente” (Sentencia 972/2011, 10 de enero de 2012, con cita de las anteriores Sentencias 176/2011, de 14 de marzo y 581/2011, de 20 de julio). De este modo, la congruencia de la sentencia exige una adecuación entre lo resuelto -parte dispositiva- y el objeto del proceso, que se determina atendiendo a los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi*. Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida y la procedencia de entrar a resolver sobre lo que según el recurso debía haberse resuelto, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso.

En este sentido, para la jurisprudencia constitucional, la incongruencia omisiva o *ex silentio* “se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos

en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales” (SSTC 25/2012, de 27 de febrero, y 40/2006, de 13 de febrero).

17. En este caso, en su contestación a la demanda, el demandado objetó que aunque se llegara a entender que había habido fraude de ley en el desembolso de las acciones del Sr. Gil y Gil, a través de una sociedad controlada por él, y del Sr. Cerezo Torres, lo anterior no habría afectado a la validez de los acuerdos, porque los comparecidos alcanzaban el quórum exigido por la Ley y los acuerdos se adoptaron por las mayorías legales. Se trata de un motivo de oposición a la demanda subsidiario al principal, que era negar que hubiera existido fraude de ley en el desembolso de las acciones adquiridas por el Sr. Gil y Gil y el Sr. Cerezo Torres en 1992. Como la sentencia fue desestimatoria, fueron los demandantes quienes recurrieron en apelación, y la sociedad demandada, en ese momento apelada, volvió a suscitar esta objeción al oponerse al recurso de apelación.

La Audiencia debía haberse pronunciado sobre esta objeción, una vez concluyó que había habido fraude de ley en el desembolso de las acciones del Sr. Gil y Gil y del Sr. Cerezo Torres, y no lo hizo, sin que pueda entenderse tácitamente rechazada a la vista del conjunto de los razonamientos de la sentencia, pues plantea una cuestión muy determinada (si el resto de los asistentes a la junta constituían quórum suficiente para adoptar un acuerdo de ampliación de capital social, y si en la votación se alcanzó la mayoría exigida por la ley) que requería de un razonamiento propio y adecuado para que se entendiera desestimada.

Si la omisión hubiera venido referida a una concreta pretensión de la demanda o a una excepción procesal de la contestación, claramente hubiera sido exigible al recurrente que antes hubiera intentado que el tribunal que incurrió en la omisión complementara la sentencia, por el cauce previsto en el art. 215 LEC. Pero no es tan claro en este supuesto, en que la omisión afecta a un motivo de oposición sobre el fondo, que se plantea de forma subsidiaria, para el hipotético caso en que no se atendiera al motivo de oposición principal.

La consecuencia de estimar el motivo es que nos pronunciemos, esta vez como tribunal de instancia, sobre la controversia no resuelta por el tribunal de apelación.

Constitución de la junta de accionistas de 27 de junio de 2003

18. La sentencia recurrida estimó la impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas del día 27 de junio de 2003, como consecuencia de haber entendido que la junta no se constituyó válidamente, pues permitió la participación de dos socios cuyas acciones no estaban desembolsadas.

La sociedad recurrente cuestiona que la consecuencia de haber permitido la asistencia de estos dos socios a la junta y de haber tenido en cuenta sus respectivos porcentajes de capital para calcular el quórum de la junta y, después, para determinar la mayoría necesaria para la adopción de los acuerdos alcanzados, sea necesariamente la nulidad de la constitución de la junta, al margen de su efectiva relevancia. La relevancia de la participación indebida de estos dos socios en la válida constitución de la junta vendría determinada porque su asistencia hubiera conllevado la consecución del quórum exigido por la Ley, que no se habría logrado si se les hubiera denegado la participación.

La norma legal aplicable al caso en atención al tiempo en que se convocó y celebró la junta, el RDleg 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, no preveía nada al respecto, como tampoco lo hace la actual normativa de sociedades de capital (RDleg 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

La doctrina, ya desde la vigencia de la originaria Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como después bajo la aplicación del Texto Refundido de 1989 y ahora con la Ley de Sociedades de Capital, sostiene la procedencia de aplicar el test o prueba de resistencia. La prueba de resistencia se traduce en que de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría.

Esta doctrina esta tomada del derecho italiano, que contiene esta regla en el art. 2377.V del *Codice civile*: «*La deliberazione non può essera annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369. 2) Per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta*». Esta regla aparece incorporada, con una redacción muy similar si no idéntica, en el art. 214-14 de la reciente propuesta de Código de Comercio Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, 2013).

Aunque no contemos en la actualidad con una regulación expresa en nuestro derecho de sociedades y la norma proyectada carezca de toda eficacia, nada impide entender, como ha venido haciéndolo la doctrina desde hace sesenta años, que la “prueba de la resistencia” estaría implícita en el cómputo de quórum y mayorías, a los efectos de la impugnación de acuerdos. Una muestra de ello es que esta misma *ratio iuris* subyace en la regla adoptada por la Ley al regular supuestos con los que existe una relación de analogía, como es el alcance de la infracción de la prohibición de voto en caso de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada (actual art. 190 LSC).

Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley.

19. Conforme al apartado 1 del art. 103.1 TRLSA, para que “*la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital (...), será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto*”. El apartado 2 añade que “*(e)n segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25 % de dicho capital*”.

La junta general extraordinaria fue convocada en primera convocatoria para el día 27 de junio de 2003, a las 12 horas, en el domicilio social de la entidad, y en segunda convocatoria al día siguiente, en el mismo lugar y a la misma hora. Consta, por la certificación del acta aportada con la demanda, que la reunión de la junta se celebró el día 27 de junio, a las 12 horas, esto es, el día y a la hora en que estaba prevista en la primera convocatoria.

Al tiempo de celebrarse la junta de 27 de junio de 2003, el capital estaba dividido en 248.480 acciones, de las que, a tenor de lo ya resuelto (el fraude de ley en el desembolso de las acciones suscritas por el Sr. Gil y Gil y el Sr. Cerezo Torres que sumaban 235.494), tan sólo 12.986 acciones tenían derecho de voto.

En el acta de la junta se dejó constancia de que habían comparecido socios titulares de 240.532 acciones. Si descontáramos las 235.494 acciones afectadas por el fraude de ley, las acciones correspondientes a los socios comparecidos serían 5.038, que constituían el 38,79% del capital social suscrito con derecho a voto. Como la junta se constituyó en primera convocatoria, en ningún caso podría entenderse que se habría superado la prueba de resistencia, pues para ello hubiera sido necesario que quienes concurrieron poseyeran más del 50% del capital social suscrito con derecho a voto.

No cabe acudir a lo que hubiera podido ocurrir en una junta celebrada en segunda convocatoria, pues la reunión hubiera sido al día siguiente y de hecho no tuvo lugar. Cuando se juzga a posteriori sobre la concurrencia del quórum exigido por la ley para que pueda considerarse válidamente constituida la junta de accionistas convocada en primera convocatoria, no cabe subsanar el eventual defecto de insuficiencia del capital comparecido porque este fuera suficiente en una segunda convocatoria, pues con ello vaciaríamos de contenido la exigencia legal de un quorum superior en primera convocatoria.

20. No podemos dejar de abordar las objeciones formuladas por el recurrente en su recurso de casación, en relación con que la legitimación que confiere el libro registro de acciones nominativas para el ejercicio de los derechos políticos que corresponden a las que se tiene inscritas en dicho libro a su nombre, no puede quebrar por un pronunciamiento que a posteriori declara el fraude de ley en el desembolso de estas acciones y consecuentemente la improcedencia de hacer uso de los derechos de voto correspondientes a esas acciones.

En un supuesto como el presente en que las acciones de la sociedad son nominativas, la inscripción de la adquisición y de las sucesivas transmisiones de las acciones en el libro registro de acciones nominativas, prevista en el art. 55 TRLSA, confiere a quien aparezca como titular de las acciones, frente a la sociedad, legitimación para ejercitar los derechos sociales que confieren sus acciones, entre ellos los derechos políticos. De tal modo que la sociedad solo reputa accionista a quien se halle inscrito en dicho libro (art. 55.2 TRLSA), y no cabe impedir el derecho de asistencia a la junta al titular de las acciones nominativas que las tenga inscritas a su nombre en el libro registro con cinco días de antelación a la celebración de la junta (art. 104.1 TRLSA).

Pero lo anterior no impide que, como en este caso, el tribunal que conozca de la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta, fundada en un defecto de constitución de la junta porque se reconoció como asistente a unos socios que, pese a aparecer en el libro registro de acciones nominativas, de facto no tenían desembolsadas sus acciones porque los ingresos realizados en su día se hicieron en fraude de ley, para aparentar un desembolso que de hecho no existió, pueda concluirse que en el momento de constitución de la junta concurría esta circunstancia y por lo tanto no podían haberse tomado en consideración, para calcular el quórum de asistencia, las acciones afectadas por dicho fraude de ley.

Al margen de las discusiones doctrinales sobre la conceptualización del alcance de la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro, si es constitutiva (la apariencia registral regularmente conseguida otorga una especial eficacia vinculante para la sociedad, que debe reconocer la condición de socio únicamente a quien se halle inscrito en el libro registro, con independencia de si se tiene o no conocimiento y constancia de la falta de titularidad real) o declarativa (genera una presunción de titularidad a favor titular registral), a los efectos que ahora interesa, esta eficacia no deja de estar supeditada al control judicial.

De hecho el recurso no niega que el libro de acciones nominativas pueda estar bajo el control judicial, pero pretende que este control deba ser necesariamente anterior a la junta para la cual fue tomada en cuenta la legitimación que confería el libro. Sin embargo este control judicial no sólo puede realizarse a priori, con anterioridad al ejercicio de los derechos sociales, en este caso, antes de la celebración de la junta de accionistas, al amparo del apartado 4 del art. 55 TRLSA que permite la rectificación de las inscripciones que se reputen falsas o

inexactas, sino también a posteriori, con ocasión de la impugnación de los acuerdos sociales por un defecto en la constitución de la junta en que se adoptaron, siendo el defecto consecuencia de la decisión judicial que advierte un fraude en el desembolso de las acciones de los socios mayoritarios. La impugnación de los acuerdos adoptados en aquella junta, que se basa en un defecto en su constitución por el desacuerdo entre la apariencia que muestra el libro de socios, respecto del desembolso de las acciones, y la realidad, es un cauce adecuado para juzgar, a efectos incidentales, sobre la corrección de la inscripción.

Costas

21. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede imponer las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

A pesar de la estimación del recurso, se confirma la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

Estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Club Atlético de Madrid, S.A.D. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 4 de marzo de 2011 (rollo de apelación 7/2010), sin hacer expresa condena en costas.

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Club Atlético de Madrid, S.A.D. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid de 30 de abril de 2009 (juicio ordinario 803/2003), con imposición de costas a la parte apelante.

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Javier Melones Ruiz, José Luis Sánchez Ayuso, Emilio Abejón Huecas, Mariano Recuero Parrilla y Juan Sebastián Padilla Sánchez contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid de 30 de abril de 2009 (juicio ordinario 803/2003), y declaramos la nulidad de los acuerdos adoptados por la junta extraordinaria del Club Atlético de Madrid, S.A.D. de 27 de junio de 2003, sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

No ha lugar a resolver el recurso de casación, en atención a que ha sido estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, ni tampoco a imponer las costas de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.