



Roj: **SAP M 1465/2011 - ECLI: ES:APM:2011:1465**

Id Cendoj: **28079370282011100014**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/03/2011**

Nº de Recurso: **7/2010**

Nº de Resolución: **66/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1465/2011,**
STS 136/2014,
AATS 1481/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00066/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE **MADRID**

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 7/2010

Materia: Impugnación de acuerdos sociales

Órgano judicial de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 74 de **Madrid**

Autos de origen: Juicio ordinario nº 803/2003

Apelante/apelado: D. Severiano , D. Juan Francisco , D. Camilo , D. Florentino y D. Manuel .

Procurador/a: Dª Isabel Martínez Gordillo.

Letrado/a: D. Antonio Perea Gala

Apelante/apelado: CLUB **ATLÉTICO DE MADRID**, S.A.D.

Procurador/a: Dª Amparo Laura Diez Espi

Letrado/a: D. Pablo Jiménez de Parga

SENTENCIA N° 66/2011

En **Madrid**, a 4 de marzo de 2011.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de **Madrid**, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Angel Galgo Peco, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 7/2010, los autos del procedimiento nº 803/2003, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 74 de **Madrid**, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Las partes han actuado bajo la representación procesal y con la asistencia letrada de los profesionales que aparecen identificados en el encabezamiento de la presente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por quienes figuran en el encabezamiento de la presente resolución como apelantes/apelados en primer lugar y otros, en la que, tras exponer los hechos que estimaban de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraban que apoyaban su pretensión, suplicaban al Juzgado que dictase sentencia por la 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 e 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."

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites, tras celebrarse la preceptiva audiencia previa, el Juzgado dictó auto de fecha 27 de junio de 2005 declarando finalizado el proceso, de conformidad con el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación, que dio lugar al auto de esta Sala de fecha 20 de octubre de 2006 por el que se revocó la resolución recurrida en el extremo relativo a la finalización de la totalidad del proceso, acordando en su lugar declararlo finalizado respecto de la acción de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de la demandada celebrado el día 28 de mayo de 2003 y la continuación del proceso respecto de la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta General de Accionistas de la demandada celebrada el día 27 de junio de 2003.

TERCERO.- Dando cumplimiento a lo ordenado por este Tribunal, tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de Primera Instancia nº 74 dictó sentencia, con fecha 30 de abril de 2009, cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimo la demanda interpuesta por D. Agustín 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."

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Severiano, D. Juan Francisco, D. Camilo, D. Florentino y D. Manuel, a la sazón demandantes, y por la de CLUB **ATLÉTICO DE MADRID**, S.A.D., se interpusieron recursos de apelación, que, tramitados en legal forma, con oposición de la parte contraria, dieron lugar al presente rollo.

La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 3 de marzo de 2011.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Angel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente litis trae causa de la demanda presentada en su día solicitando que se declarase nula la junta general extraordinaria de CLUB **ATLÉTICO DE MADRID**, S.A.D. celebrada el 27 de junio de 2003, y, en particular, los acuerdos adoptados en relación con los puntos primero y segundo del orden del día, consistentes en la aprobación de una ampliación del capital social en 22.279.792,23 euros, por compensación de créditos, y en la aprobación de otra ampliación del capital social en 13.967.521,40 euros, con aportaciones dinerarias, mediante la emisión de 446.632 y 280.000 nuevas acciones ordinarias, respectivamente, representadas por medio de títulos nominativos, pertenecientes a la misma clase y serie que las ya existentes, de 49,884004 euros de valor nominal, a la par, con exclusión del derecho de suscripción preferente.

Contra la sentencia desestimando en su integridad las pretensiones de la demanda se alzan en apelación aquellos de entre los promotores del expediente que figuran en el encabezamiento de la presente resolución. Por su parte, la entidad demandada impugna el pronunciamiento por el que se decreta no haber lugar a imponer las costas de la primera instancia a ninguno de los contendientes.



SEGUNDO.- Antes de entrar a examinar los respectivos recursos, se imponen ciertas precisiones aclaratorias en relación con el alcance que debe darse al pedimento formulado por la parte actora en su demanda, en el sentido de que "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.". Como tenemos señalado (entre otras, sentencias de 1 de diciembre de 2008 y 11 de septiembre de 2009), el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo, "TRLSA", texto normativo aplicable por razones de vigencia temporal), no preveía en precepto alguno la posibilidad de impugnar, como tal, una junta general. Si se examinan los preceptos reguladores de las acciones impugnatorias, concretamente los arts. 115 y siguientes, lo que se regulaba en ellos es la impugnación de acuerdos "de las juntas" (la situación no ha variado con ocasión del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en el que se habla de impugnación de "acuerdos sociales"). Ciertamente, en supuestos de vicios en la convocatoria, constitución o celebración de la junta, no era infrecuente que se hablase de nulidad "de la junta general". Sin embargo, en puridad, lo que era nulo o anulable, lo que la ley preveía que podía impugnarse, no era "la junta", sino los acuerdos adoptados en la junta convocada, constituida o celebrada sin observar las exigencias legales o estatutarias. De este entendimiento partimos en el examen del recurso de apelación formulado por quienes promovieron el expediente.

TERCERO.- En el primer motivo del recurso de los originariamente demandantes se reiteran las objeciones ya alegadas en el escrito de demanda (no se entienden, por ello, los reparos de la parte apelada al examen de la cuestión en esta alzada pretextando que nos encontramos ante un "hecho nuevo") en punto a la indebida constitución de la junta, como consecuencia de haberse permitido la asistencia con derecho a voto de D. Isaac y de D. Rodolfo (este último, representado por D. Miguel Ángel Gil Marín, tal como se desprende de la lista de asistentes incorporada como anexo al acta, obrante a los folios 375 y siguientes de las actuaciones), y de haberse computado las acciones de las que ellos mismos o sus sociedades instrumentales aparecían como titulares para la conformación del específico quórum exigido por la índole de los acuerdos a adoptar a tenor de lo establecido en el artículo 103 TRLSA . Justifica la parte recurrente su pretensión por la falta de desembolso del importe de las acciones de las que los Sres. Rodolfo y Isaac figuraban como suscriptores en la escritura de constitución de la sociedad anónima deportiva demandada (resultante del proceso de transformación de la entidad deportiva "Club **Atlético de Madrid**" en sociedad anónima deportiva). Fundamentan los apelantes dicha aseveración en la relación de hechos probados contenida en la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de febrero de 2003 a la que haremos ulteriormente referencia, invocando en favor de las pretensiones que con dicha base formulan los preceptos del TRLSA atinentes a la mora del accionista, en particular el artículo 44.1, y el artículo 21.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte , a tenor del cual el capital mínimo de las Sociedades Anónimas Deportivas habría de desembolsarse totalmente y mediante aportaciones dinerarias.

Centrándonos en el plano estrictamente fáctico, es de observar que en la sentencia de la Audiencia Nacional (que aparece aportada por copia a los folios 118 y siguientes) se niega la realidad de las aportaciones dinerarias de los mencionados Sres. Rodolfo y Isaac reflejadas en la escritura de constitución de la entidad demandada. Afirma en esencia el órgano sentenciador que los correspondientes ingresos realizados en las cuentas bancarias del club no tenían otra finalidad que aparentar el desembolso, para inmediatamente ser reintegrados utilizando como cobertura la trama negocial urdida a tal fin por el Sr. Rodolfo (a la sazón presidente de la entidad desde mucho antes de adoptarse el acuerdo de transformación), y que en la meritada resolución se describe, contando para ello con la colaboración del Sr. Isaac (vicepresidente del club), fruto de lo cual, sin haber hecho, ni el Sr. Rodolfo ni el Sr. Isaac , la aportación efectiva de los importes correspondientes, el primero se hizo con el 95% de las acciones de la entidad demandada (al vender el Sr. Isaac "sus" acciones al Sr. Rodolfo , según indica la sentencia). Con fundamento en esos hechos la Audiencia Nacional condenó a los Srs. Rodolfo y Isaac , como autor y cooperador necesario, respectivamente, de un delito de apropiación indebida, a las penas que allí constan y, en concepto de responsabilidad civil, a la restitución de las acciones al **ATLÉTICO DE MADRID**.

De la relación de hechos probados de la meritada sentencia resultan ciertas matizaciones al discurso argumental de los apelantes en cuanto referido a la asistencia del Sr. Isaac a la junta general cuyos acuerdos se impugnan. En efecto, como ya se ha señalado, en aquella se hace constar que dicho señor había suscrito un documento privado por el que vendía al Sr. Rodolfo las acciones que había suscrito y, al menos aparentemente, desembolsado, como también se hace constar que meses después del otorgamiento de la escritura de constitución el Sr. Rodolfo vendió al Sr. Isaac 23.607 acciones, representativas del 9,46% del capital social, si bien este último figura en la lista de asistentes anexa al acta de la junta general impugnada como titular de 26.842 acciones, y Video Mercury Films, S.A. (que entraría en la categoría de sociedad instrumental), como titular de 30.374. Ahora bien, tales matizaciones no obstan a la virtualidad impugnatoria del alegato, habida cuenta que el mismo no se construye exclusivamente sobre la persona del Sr. Isaac , no habiéndose suscitado ningún debate a partir de los desajustes observados.



Hechas las anteriores matizaciones, y continuando con la descripción del íter seguido por las actuaciones penales tal como aparece reflejado en autos, debe señalarse que la sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, testimonio de cuya resolución, dictada con fecha 4 de junio de 2004, fue aportada durante el trámite de la audiencia previa (folios 648 y siguientes de las actuaciones). En ella el Alto Tribunal afirma sin ambages la existencia del delito a partir de la relación de hechos declarados probados en la sentencia del órgano inferior, si bien absuelve finalmente a los Sres. Rodolfo y Isaac por prescripción de aquel.

Se erige así, como cuestión nuclear, la relativa a la proyección que deba reconocerse al contenido de las merítadas resoluciones en la resolución de la controversia que aquí se ventila. No obstante, antes de abordar la cuestión, estimamos procedente hacer referencia a otro tema al que se alude expresamente en el desarrollo del motivo impugnatorio, cual es el de los efectos de otra resolución dictada por la Audiencia Nacional, en concreto el auto de 20 de junio de 2003, en el planteamiento y desenlace de situación litigiosa .

CUARTO.- Tal como consta en las actuaciones, la Audiencia Nacional, después de dictar sentencia en los términos ya señalados, dictó auto con fecha 20 de junio de 2003 en el que, accediendo a la solicitud formulada por los interventores judiciales de la entidad demandada, autorizó la operación de ampliación de capital a la que se refieren los acuerdos que son aquí objeto de impugnación en los siguientes términos: "ACORDAMOS Autorizar la ampliación de capital propuesta por el Consejo de Administración del **Atlético de Madrid** S.A.D., siempre que previamente Rodolfo y Isaac lleven a cabo la aportación dineraria, en efectivo, correspondiente al desembolso inicial".

Consta igualmente en las actuaciones, y así se refleja en la sentencia impugnada, que la cantidad referida fue ingresada en la caja social con fecha 15 de julio de 2003 (esto es, después de la celebración de la junta en la que se adoptó el acuerdo aprobando la operación).

En relación con estos extremos, los apelantes, por un lado, niegan potencia habilitante al auto en cuestión, afirmando que "un juzgado penal no puede determinar la legalidad de los actos de la vida de la sociedad"; por otro lado, destacan que, en todo caso, el hecho de que no se diese cumplimiento a lo exigido por la Audiencia Nacional sino con posterioridad a la celebración de la junta privaría a dicho cumplimiento de toda virtualidad.

No nos compete, desde luego, entrar a valorar el auto cuestionado. Lo que sí podemos decir es que el enfoque procedente en el examen de la incidencia de dicha resolución en el desenvolvimiento de la situación que se encuentra en el origen de las presentes actuaciones es el contrario al adoptado por los apelantes. En efecto, tal como se desprende de los artículos 55.2 y 104 TRLSA , la inscripción en el libro registro de acciones nominativas cumple una función legitimadora, en principio, del que allí figura como titular ante la sociedad. De esta forma, solo la resolución judicial de la que se desprendiese sin ambages la inoperatividad de la inscripción, o un mandato judicial privando a la misma de efectos aun con carácter cautelar, podrían aducirse para negar a quien en el libro figurase como socio el ejercicio de los derechos inherentes a dicha condición. Desde esta perspectiva, cabe interpretar que con el auto de 20 de junio de 2003 lo que vino a establecerse fue una cautela, la que el tribunal estimó adecuada en función de las circunstancias del caso, habida cuenta la falta de firmeza de la sentencia que ya se había dictado.

Partiendo necesariamente de cuanto se acaba de exponer, cabe observar, en cuanto al otro aspecto señalado, el de la temporaneidad en el cumplimiento de la condición impuesta por la Audiencia Nacional, que dicha condición aparece cumplida con anterioridad a la inscripción del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil (que, según resulta del testimonio de la correspondiente escritura, documento numero 9 de los acompañados con el escrito de contestación a la demanda, tuvo lugar el 27 de noviembre de 2003, folio 545 de las actuaciones), sin que el tenor literal del auto a que nos venimos refiriendo lleve necesariamente a pensar que lo que en aquel se exigía era que la condición se cumpliera con anterioridad a la junta convocada para la adopción del acuerdo, pudiendo señalarse también en este sentido la falta de reacción conocida por parte del órgano ordenante ante el dato de que el correspondiente ingreso se realizó con posterioridad a la celebración de la junta, de lo que tuvo pleno conocimiento, como se desprende de los informes-resúmenes de control financiero mensuales que la intervención judicial había de realizar con carácter mensual (folios 730 y siguientes, en concreto, a los efectos que aquí interesan, folio 778).

QUINTO.- Volvamos, pues, a la cuestión central del motivo de impugnación en examen. Como ya indicamos, sostiene la parte apelante que no se debió permitir la asistencia a la junta de los Sres. Rodolfo y Isaac , y, por extensión, de sus sociedades instrumentales, ni computar las acciones de las que figuran como titulares para la conformación del quórum, toda vez que el importe de aquellas no estaba desembolsado. Esta afirmación se asienta en lo declarado al respecto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de febrero de 2003, que sobre dicha base condenó a los citados señores como responsables de un delito de apropiación indebida a las penas que allí constan y, en sede de responsabilidad civil, a la restitución de las acciones a la entidad



aquí demandada. Ulteriormente el Tribunal Supremo dictó sentencia de fecha 4 de junio de 2004 en la que, no obstante afirmar con rotundidad que existió el hecho criminal, absuelve a los Sres. Rodolfo y Isaac al apreciar prescripción del delito.

Debemos llamar la atención sobre un dato esencial: la parte apelante sostiene su discurso en base exclusivamente a lo que se dice en la sentencia de la Audiencia Nacional. Se plantea así una primera cuestión, en concreto la relativa a la eventual vinculación a los hechos allí declarados probados en la elucidación de la cuestión debatida. Cabe recordar a este respecto la inveterada doctrina establecida por el Tribunal Supremo, reflejada, entre las más recientes, en su sentencia de 19 de octubre de 2010, en los siguientes términos: "La jurisprudencia de esta Sala es muy reiterada en la declaración de que resulta vinculante para los órganos de la jurisdicción civil la relación de hechos probados formulados por la sentencia penal firme que han servido de base para la condena en dicha vía penal. La sentencia nº 728/2005, de 29 septiembre afirma que «constituye doctrina jurisprudencial, como declara la Sentencia de 13 de septiembre de 1985, que las resoluciones que se dicten en la jurisdicción penal no producen excepción de cosa juzgada en lo civil, salvo cuando se trate de hechos declarados probados, en las condenatorias, o se declare la inexistencia de hecho, en las absolutorias (artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Las sentencias penales obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define en castigo». Profundizando en esta línea, en relación con las sentencias penales absolutorias, cabe citar igualmente, como botón de muestra, la sentencia del Alto Tribunal de 29 de mayo de 2001, al señalar: ". y sabido es que «las sentencias absolutorias dictadas en la jurisdicción penal, salvo la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, no vinculan a los tribunales de la Jurisdicción Civil, ni prejuzgan la valoración que de los hechos pudieran hacer éstos» (sentencia del Tribunal Supremo de 19 Feb. 1990, entre otras muchas)".

No encontrándonos en el caso de una sentencia condenatoria firme, cabría concluir, a la luz de la doctrina expuesta, que no existe vinculación a los hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia Nacional. Ahora bien, sin perjuicio de la peculiaridad del caso contemplado, en el que, como indicamos, la relación de hechos probados resulta expresamente consagrada por el último Tribunal, siendo la razón del fallo absolutorio la apreciación de prescripción (lo cual podría llevar a equiparar el supuesto con aquel en el que existe una sentencia condenatoria), lo que resulta indudable es que, de cualquier modo, la falta de vinculación no impone que debamos necesariamente prescindir de tales hechos, ni impide que partamos de los mismos en la resolución de la controversia, apreciación esta última que refuerza el dato de que las sentencias de la Audiencia Nacional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo constituyen los únicos elementos de juicio de que disponemos, habida cuenta la falta de todo otro medio probatorio sobre el particular, a lo que debemos añadir que en momento alguno del proceso se ha suscitado debate sobre la realidad de los hechos allí declarados probados.

Así las cosas, asumimos que: (i) El 7 de enero de 1992, la junta directiva del club **Atlético de Madrid**, a propuesta del Sr. Rodolfo, 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), haciéndose extensivo el acuerdo 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, por más de 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. Isaac (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. Rodolfo a que se decían obedecer; tales reconocimientos se otorgaron a pesar del compromiso asumido por el Sr. Rodolfo (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. Rodolfo. (iv) Con fecha 23 de enero de 1992 el Sr. Rodolfo y el Sr. Isaac, este último actuando en nombre de club, otorgaron escritura pública en la que el primero reconoció no ser titular de crédito o derecho económico alguno frente al club, y manifestó el segundo que el club no debía cantidad alguna al Sr. Rodolfo 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) Dicha 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. Rodolfo , en su condición de presidente del club, otorgó la escritura de constitución de la sociedad anónima deportiva, haciendo constar la suscripción de la totalidad del capital social, y la realidad de las aportaciones dinerarias (según lo exigido por el artículo 21.2 de la Ley del Deporte), presentando 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. Rodolfo , de 1.300.000 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. Isaac a nombre de **ATLÉTICO DE MADRID** S.A.D. EN CONSTITUCIÓN para la suscripción de acciones por importe de 650.255.200 pts. (vii) El mismo 30 de junio de 1992, el Sr. Rodolfo , en su condición de presidente de la S.A.D., se dirigió al Banco de Vitoria solicitándole 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. Rodolfo la cantidad de 1.300.000.000 pts. (viii) El Sr. Rodolfo 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 S.A.D., que transfiriese a la cuenta corriente que el Sr. Rodolfo mantenía en esa entidad la cantidad de 650.250.000 pts, y, en paralelo, la transferencia de esta suma a otra cuenta del Sr. Isaac , en concepto de adelanto para la compra por el Sr. Rodolfo de las acciones que el Sr. Isaac había suscrito. (ix) Como consecuencia de las operaciones descritas el Sr. Rodolfo devino titular del 95 % de las acciones de la entidad demandada. (x) El 17 de noviembre de 1992, el Sr. Isaac y el Sr. Rodolfo 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 de las antiguas pesetas 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.

SEXTO.- Sentado cuanto antecede, no cabe sino otorgar a la parte recurrente el amparo que solicita. El fraude de ley es patente. Ningún obstáculo supone para apreciarlo que no haya sido, al menos explícitamente, invocado, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2006 , se trata de "una técnica de aplicación de la norma jurídica, integrada como tal en el iura novit curia".

Según constante (y por ello de excusada cita) doctrina jurisprudencial, el fraude de ley requiere la concurrencia de dos normas, la de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de este se pretende eludir, de modo que se reputa fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el fraude de ley entraña como elemento esencial "un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley" (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 , 28 de enero de 2005 , 9 de marzo y 31 de octubre de 2006, y 16 de marzo de 2008 , entre otras).

En el caso que nos ocupa, los Sres. Rodolfo y Isaac ingresaron el importe de las acciones, lo que, en principio, les legitimaba como socios, con todos los derechos inherentes a tal condición. Sin embargo, tal hecho no puede ser contemplado aisladamente. Lo dicho en precedentes párrafos pone de manifiesto que el desembolso en cuestión operó como un elemento más del entramado fraudulento expresamente diseñado para la adquisición de las acciones eludiendo las exigencias impuestas por la Ley del Deporte (después de frustrarse el inicial propósito del Sr. Rodolfo de hacerse con la totalidad del capital social de la nueva sociedad mediante la compensación de deuda por acciones, a lo que obedecían los reconocimientos de deuda a que hicimos referencia en el apartado anterior, según se pone de manifiesto expresamente en la sentencia de la Audiencia Nacional), careciendo de verdadero contenido al estar asegurado el reembolso inmediato por vía de las restantes operaciones ideadas en unidad de designio, ya descritas, expresamente preordenadas a tal fin.

El artículo 6.4 del Código Civil sanciona el fraude de ley con la aplicación de la norma defraudada, en el caso presente el artículo 21.2 de la Ley 10/1990 , lo que en definitiva comporta que deba negarse a los partícipes del fraude la condición de socios en cuanto derivada de los actos con los que se integró aquel, y, por ende, la válida constitución de la junta cuyos acuerdos son objeto de impugnación, pues otra cosa supondría validar la perpetuación del fraude. En estas circunstancias, la legitimación derivada del libro registro de acciones carece de virtualidad, pues se trata de una legitimación prima facie, que opera con fuerza de presunción iuris tantum (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2008), inoperativa una vez puesto al descubierto el escenario descrito.

Por todo ello, se impone, con estimación del recurso en este particular, declarar nulos los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de CLUB **ATLÉTICO DE MADRID**, S.A.D. celebrada el 27 de junio de 2003.



SÉPTIMO.- Entre los pedimentos de la demanda se incluía uno relativo a la declaración de la "nulidad e 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". Cabe señalar a este respecto que el hecho de que un acuerdo social resulte declarado nulo frente a todos desde el mismo momento en que se adoptó, como consecuencia de la sentencia estimatoria de una acción impugnatoria, no significa que también lo pasen a ser automáticamente todos y cada uno de los efectos desplegados por los actos de ejecución del acuerdo llevados a cabo antes de la sentencia, debiendo ser respetados los posibles derechos adquiridos por socios o por terceros de buena fe que obraron fiados de la apariencia jurídica creada por los acuerdos impugnados. Es por ello que la pretensión de la parte recurrente no puede ser atendida en los indiscriminados términos en que se formula. Tal petición se ha planteado con un carácter tan genérico e indeterminado que resulta dudosamente compatible con las exigencias del principio de seguridad jurídica y no se atiene a los efectos que para la sentencia en materia de impugnación de acuerdos sociales prevé el artículo 122 del TR de la LSA ni a los que razonablemente pudieran deducirse de él. Es por ello que el recurso no será acogido en este punto, sin perjuicio de que el apelante pueda plantear la extensión de los efectos de la nulidad de los acuerdos allí donde y ante quién corresponda según el trato individualizado y correspondientes consecuencias legales que merezca cada caso. La desestimación de este pedimento también ocasiona que no proceda hacer expreso pronunciamiento condenatorio sobre las costas de primera instancia.

OCTAVO.- La estimación del recurso de quienes intervinieron como demandantes en primera instancia en los términos señalados comporta, de conformidad con lo establecido en los artículos 397 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la desestimación del recurso interpuesto por la entidad demandada a fin de que las costas de la primera instancia fuesen impuestas a la parte contraria.

NOVENO.- Habida cuenta la estimación parcial del recurso no procede hacer expresa imposición de las costas ocasionadas en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación, este Tribunal emite el siguiente

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Severiano , D. Juan Francisco , D. Camilo , D. Florentino y D. Manuel . 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. Severiano , D. Juan Francisco , D. Camilo , D. Florentino y D. Manuel .
- 5.- Imponer a CLUB **ATLÉTICO DE MADRID**, SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA las costas ocasionadas por el recurso de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.