

JUICIO ORDINARIO 803/03

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 74 PARA
ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

ISABEL , Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. JAVIER, D. JOSE LUIS, D. EMILIO, D. MARIANO Y D. JUAN, según tengo acreditado en los presentes autos; ante el Juzgado comparezco, y **DIGO**:

Que en la representación que ostento, mediante el presente escrito y al amparo de lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC, dentro del término del emplazamiento que me fue conferido por providencia de fecha 4 de junio de 2009, vengo a **INTERPONER RECURSO DE APELACION** contra la Sentencia dictada por ese Tribunal de fecha 30 de abril de 2009 en los presentes autos, en base a las siguientes,

A L E G A C I O N E S

PRIMERA.- DE LA INCORRECTA FORMACION DE LA LISTA DE ASISTENTES Y FALTA DE QUORUM DE LA JUNTA GENERAL.

El primero de nuestros motivos de apelación está basado en nuestra denuncia en la instancia de una incorrecta formación de la lista de asistentes de la Junta General celebrada el 27 de junio de 2003,

debido a que se tuvieron como presentes o representadas las acciones de D. Jesus Gil y Gil y D. Enrique Cerezo Torres.

Este punto relativo a la formación de la lista de asistentes no ha sido resuelto por la sentencia de primera instancia, y lo consideramos un punto esencial tanto de nuestra demanda como en este recurso de apelación. Consideramos que las acciones de ambos señores, de las que eran titulares personalmente o a través de sociedades interpuestas, no podían ejercer los derechos políticos que las correspondían.

Tenemos que recordar el **artículo 42 y siguientes**, y en especial el **artículo 44.1 de la ley de sociedades anónimas**, el cual priva del derecho al voto a los accionistas morosos, y tampoco podemos olvidar el cual exige que el capital mínimo de las sociedades anónimas deportivas habrá de estar desembolsado íntegramente para la transformación de la misma. También debemos tener presente que el **artículo 18 de los estatutos de la sociedad**, que regula igualmente un quorum de asistencia a las juntas generales.

Todo accionista asume con su condición la obligación de realizar las aportaciones y, en aquellos casos en los que expresamente se establezca estatutariamente, realizar las prestaciones accesorias que corresponda.

Como ya vimos, la LSA contempla la posibilidad de desembolsos parciales del capital ya sea en la constitución o con ocasión de ampliaciones de capital, fijando como límite el 25% del valor nominal de cada acción. En cuanto a la aportación del 75% restante, el momento y la forma vendrá determinado por los estatutos sociales y, a falta de

regulación, deberá estarse a lo acordado por el órgano de administración, dejando a salvo que tratándose de aportaciones no dinerarias el plazo máximo legal es de cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o desde el acuerdo de aumento de capital, por establecerlo así el art. 134.2 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM). Esa parte del capital no desembolsado es lo que se denomina dividendos pasivos y su regulación está contenida en los arts. 42 y siguientes de la LSA.

Una vez vencido el plazo fijado por los estatutos o bien decidido por el órgano de administración para el desembolso de la parte del capital pendiente, **el accionista se encuentra en mora** lo que de forma automática implica la suspensión de su derecho de voto. La identificación del deudor moroso es fácil por cuanto la Ley, precisamente en previsión de estas situaciones, exige que las acciones adopten la forma nominativa.

El accionista en mora no puede ejercer su derecho de voto en ninguna junta deduciéndose el importe de sus acciones del capital social a efectos de computar el quórum necesario. Tampoco tiene derecho a recibir dividendos en tanto no regularice su situación con la sociedad. Una vez satisfecha la cantidad pendiente de desembolso sí puede reclamar de aquella los dividendos no percibidos siempre que no hubiesen prescrito.

Tampoco puede el accionista moroso ejercitar el derecho de suscripción preferente.

Frente a la existencia de accionistas morosos la sociedad puede reaccionar a través de dos cauces recogidos en el **art. 45 LSA**:

a) Reclamando judicialmente el cumplimiento de la obligación de desembolso con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados.

b) Enajenando las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

Bien, en el caso objeto de autos, nos encontramos ante una situación en la que los dos socios mayoritarios de la entidad, los Sres. Gil y Cerezo (por sí o a través de sus sociedades), habían incumplido con creces el plazo para el desembolso del capital establecido por la Ley del Deporte y por el Consejo Superior de Deportes, con motivo de la transformación del club en Sociedad Anónima Deportiva. Dicho plazo **concluyó el 30 de junio de 1992**, y la realidad es que en la fecha de la celebración de la Junta General del capital no había sido desembolsado.

Esto no es una interpretación de parte o un deseo de esta dirección letrada, sino que lo ha manifestado el **Tribunal Supremo** en su Sentencia de fecha 4 de junio de 2005 (que consta aportada por esta parte en el acto de la Audiencia Previa), la cual hace suyos los hechos probados de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolvió el **Procedimiento Abreviado núm. 213/99**, en fecha 14 de febrero de 2003 (vid. documento nº 5 de la demanda), y que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El 1 de Julio de 1987, el acusado Gregorio Jesús Gil y Gil (en adelante Jesús Gil), mayor de edad, sin antecedentes penales computables, accedió a la presidencia del Atlético de Madrid Club de Fútbol (en adelante Club), y ocupó en esa misma fecha la vicepresidencia del Atlético de Madrid el también acusado Enrique Cerezo Torres, mayor de edad y sin antecedentes penales. Al acceder a la presidencia, Jesús Gil estaba decidido a hacer suyo el Club, que entonces era una Entidad Deportiva, configurada legalmente como una asociación privada sin ánimo de lucro, que no podía repartir beneficios, y cuyo patrimonio en caso de disolución revertiría en la Comunidad Autónoma

de Madrid. Para ello, se dispuso a confundir el patrimonio del club con el suyo, bien personal bien de sus empresas o de otras con ellos vinculadas, y no dudo en aportar su patrimonio para la adquisición de fichas federativas de jugadores, entre las que se incluyó la relativa al jugador Futre, cuyo fichaje esgrimió en la campaña electoral antes de ser elegido Presidente, o para otros gastos del Club.

Ante la situación deficitaria del Club, que arrojaba, en julio de 1.987, un patrimonio neto negativo de 1.883.586.643 pts, y a requerimiento del Consejo Superior de Deportes (en adelante C.S.D.), Jesús Gil se vinculó a sucesivos planes de saneamiento [...]

[...] En el marco de la confusión patrimonial, Jesús Gil hizo que el club utilizara como propia la cuenta bancaria nº 18.600-271 de Banesto, siendo registrada en su contabilidad durante las temporadas 1989/90, 1990/91, 1991/92 y 1992/1993 como la cuenta nº 57.236 "Bancos e Instituciones de crédito Banesto c/c 18.600-271", si bien la titularidad de la cuenta bancaria correspondía a Jesús Gil. Y, con cargo y abono a dicha cuenta, se realizaban dos tipos de operaciones: -Operaciones financieras realizadas por G. Jesús Gil y Gil y su grupo de empresas, por las que estas empresas o el presidente financiaban al Club cuando necesitaban fondos o viceversa.- Operaciones derivadas de la actividad propia del Club: ingresos de taquillas, publicidad o televisión; pago de nóminas, adquisición o venta de derechos federativos de inscripción, pago a proveedores, etc...- Durante el periodo que abarca de 1989 a 1993 el movimiento de la cuenta 18.600-271 de Banesto descendió paulatinamente a medida en que los cobros y pagos propios de la actividad deportiva del Atlético de Madrid se hacían con abono y cargo en las cuentas bancarias de "Promociones Futbolísticas S.A.", perteneciente a Jesús Gil y que tenía cuentas en Banesto (Cta. nº 18261-271), Central Hispano (Cta nº 11225375), y Banco Santander (Cta nº 10.759). Ahora bien no todos los cargos y abonos de las cuentas bancarias de Promociones Futbolísticas, S.A. se derivaban de operaciones financieras del Atlético de Madrid, pues se incluían otros muchos apuntes cuya verdadera naturaleza se desconoce.- De esa manera el Club utilizaba como propia una cuenta bancaria de la que era titular Jesús Gil, a través de la cual se realizaban los cobros y pagos propios de la actividad del Club.

Cuando la tesorería no podía financiar su actividad, en lugar de pedir préstamos bancarios, Jesús Gil trasladaba fondos de otras cuentas suyas o de empresas que controlaba o de origen desconocido a la cuenta bancaria nº 18600-271 de Banesto para evitar un saldo negativo o no financiable por la entidad bancaria. Las cantidades aportadas por Jesús Gil se trasladaban a una cuenta acreedora que recogía las obligaciones del Club frente a su presidente.

Cuando la actividad del Club generaba fondos suficientes se trasladaba el exceso de tesorería a otras cuentas bancarias de su presidente o de empresas por él controladas, contabilizándose dichas cantidades en una cuenta deudora que recogía las obligaciones de Jesús Gil frente al Club.

Con el designio ya expuesto de hacerse con la totalidad del Club, Jesús Gil, en colaboración con Enrique Cerezo Torres, hizo que el Atlético de Madrid le fuera reconociendo deudas no reflejadas en la contabilidad del Club, otorgándose escrituras notariales [...].

[...] El mandato de la presidencia de Jesús Gil debía expirar en junio de 1991, pero no se produce el cese, ni la convocatoria de nuevas elecciones, ante la proximidad de la transformación de los clubes de fútbol en sociedades anónimas deportivas, prevista en la Ley 10/1990.- En la Asamblea General Extraordinaria de 24 de Septiembre de 1991, bajo la presidencia de Jesús Gil y con la asistencia de Enrique Cerezo Torres, como Vicepresidente 2º para Asuntos Sociales, se aprobó la transformación de la Entidad

Deportiva Club Atlético de Madrid en Sociedad Anónima Deportiva, y se propuso ampliar el capital social en la cantidad que resultara de las escrituras de prenda para posteriormente canjear la deuda por acciones.

Pese a ello, lo cierto era que en el proceso de transformación la determinación del capital social, que comprendía al C.S.D., se hacía en proporción con la deuda existente más el resultado del balance de los últimos años, debiendo el capital social ser desembolsado en efectivo, sin admitir la compensación de deuda por acciones.- Javier Gómez Navarro, Secretario de Estado y Presidente del C.S.D., actuando como presidente de la Comisión Mixta de Transformación de clubes en sociedades anónimas deportivas, el 2 de diciembre de 1991 dirigió un escrito a Jesús Gil, en el que le manifestaba que, a raíz del otorgamiento de las escrituras de reconocimiento de deuda y constitución de prenda de 31 de Enero de 1989 y 30 de Julio de 1990, interesaba a aquella Comisión conocer la deuda del Club Atlético de Madrid con Jesús Gil a 30 de Junio de 1991, con expresión de si era exigible o no, y que ello era necesario para fijar el capital social.- El 20 de Diciembre de 1991 Javier Gómez Navarro le dirigió un nuevo escrito, en orden a fijar el capital social, en el que se le dice a Jesús Gil que si la deuda a la que se refieren ambas escrituras, "no existe", y, en consecuencia, no es exigible, el capital social sería de 2.172.371.000.- ptas., si por el contrario la deuda existe el capital social mínimo se vería incrementado con su importe y llegaría a los cuatro mil millones de pesetas aproximadamente.

Al comprobar Jesús Gil que la solución buscada para hacerse con la propiedad de la nueva sociedad, mediante la compensación de deuda por acciones, no era factible, decidió buscar una nueva fórmula para lograr sus fines, que seguían siendo hacerse con la titularidad de las acciones, sin realizar su desembolso, gracias al reconocimiento de deuda.

El 7 enero de 1992 Jesús Gil propuso a la Junta Directiva la adopción del acuerdo del pago de la deuda mediante la cesión por el Atlético de Madrid a Jesús Gil del contenido económico de los derechos federativos sobre los 30 jugadores de la plantilla, para un posterior reingreso a la entidad, bajo el pretexto de que, si el contenido económico de los derechos federativos eran de la titularidad de Jesús Gil, se extendería carta de pago de la deuda, con lo que el saldo patrimonial neto negativo no se modificaría y con ello tampoco el capital social exigible, que se habría de fijar prescindiendo ya de esa deuda. La segunda parte del acuerdo consistiría en que Jesús Gil cedería, inmediatamente después de la transformación, por el mismo precio, ese contenido económico de los derechos federativos.- Esa operación suponía eludir los requisitos de la transformación, tanto en relación a la fijación del capital social, como en cuanto a la efectividad del desembolso del capital, ya que Jesús Gil se vería, mediante la recompra por el club del contenido económico de los derechos federativos, de inmediato reintegrado a través del cobro del precio, con el dinero supuestamente empleado en el desembolso del capital social.- El acuerdo fue aprobado por unanimidad de la Junta Directiva, procediendo Enrique Cerezo Torres a otorgar en nombre del Atlético de Madrid la escritura de 22 de Enero de 1992 con la cesión del contenido patrimonial de los derechos federativos de 30 jugadores profesionales de fútbol por el club Atlético de Madrid a Jesús Gil, reflejando así la primera parte del acuerdo.- El 23 de Enero de 1992 otorgaron otra escritura en la que intervinieron Jesús Gil, en su propio nombre, y Enrique Cerezo Torres, en nombre del Atlético de Madrid, manifestando el primero que en ese momento no es titular, como acreedor, de crédito o derecho económico alguno referente al Club, que ninguno de los créditos de los que, como acreedor, ha sido titular frente al club y que integraban la deuda, que existía, ha sido objeto de cesión a terceras personas, y manifestando el segundo que el Club no debe cantidad alguna a Jesús Gil, que no tiene conocimiento de que exista hoy deuda alguna a favor de terceras personas que no esté contablemente reflejada a 30 de junio de 1991.- Esa escritura fue remitida a la Comisión Mixta de Transformación, que el 28 de enero de 1992 fijó el capital

mínimo del Club en la cantidad de 2.060.309.000 ptas. a los efectos de su conversión en sociedad anónima deportiva, lo que fue comunicado al club al día siguiente.

La suscripción de las acciones y su desembolso debía realizarse hasta el día 30 de junio de 1992, mediante su oferta a los socios, en un principio para que cada uno pudiese suscribir igual número de acciones, y después mediante su oferta a los socios que ya hubiesen suscrito en la primera opción, para finalmente poder llegarse a una tercera oferta, libre. Si dentro de ese plazo se suscribieron todas las acciones se procedería al otorgamiento de la escritura de constitución y posterior inscripción en los registros correspondientes.

El 30 de junio de 1992 Jesús Gil como presidente del Club otorgó la escritura de constitución de sociedad anónima deportiva, haciendo constar la suscripción de la totalidad del capital social, y la realidad de las aportaciones dinerarias, y presentando certificados de las siguientes entidades:

a. Banco Central Hispanoamericano (oficina Plaza de Canalejas nº 1) cuenta bancaria nº 124.425-6 a nombre de CLUB ATLÉTICO DE MADRID EN TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN, figurando ingresada la cantidad de 112.133.000,- ptas, en concepto de aportación a capital.-

b. Banco de Vitoria (oficina Génova nº 15-Madrid), cuenta nº 2.224-271 a nombre del CLUB ATLÉTICO DE MADRID EN TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA-SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN, donde figuraba ingresado por Jesús Gil la cantidad de 1.300.000.000.- ptas, en concepto de aportación a capital.

c. Credit Lyonnais España S.A., expresando que con esa fecha se había constituido un depósito a nombre de ATLÉTICO DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA EN CONSTITUCIÓN para la suscripción de acciones por importe de 650.255.200.- ptas. "a favor del ordenante del depósito D. Enrique Cerezo Torres". Certificado de depósito acompañado de otro de la misma entidad en que se hacía constar que el número de la cuenta corriente a nombre de ATLÉTICO DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA EN CONSTITUCIÓN era el 465085-001. Realmente esa cuenta estaba abierta a nombre de ENRIQUE CERESO- ATLÉTICO DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA EN CONSTITUCIÓN.

La cantidad depositada en la cuenta del Banco Central Hispanoamericano (oficina Plaza de Canalejas nº 1) cuenta bancaria nº 124.425-6 procedía de los desembolsos para la suscripción de acciones de los socios número 1 al 3174 inclusive.

En cuanto a la cantidad ingresada en el Banco de Vitoria, el 30 de junio de 1992 DORNA, Promoción del Deporte S.A., y Jesús Gil habían suscrito un documento en el que la primera concedía un préstamo a Jesús Gil por importe de 1.300.000.000 ptas.; se establecía que el préstamo debería ser reintegrado en un plazo máximo de tres meses; y, en garantía del reintegro, Jesús Gil, como representante de Promotora Inmobiliaria El Generalife S.A., cedía una finca por precio de 1.300.000.000 de ptas. si bien se concedía a la promotora "pacto de recompra" por la misma cantidad. En aquella fecha DORNA, Promoción del Deporte S.A., transfirió, desde su cuenta 1.929-271 del Banco de Vitoria, 1.300.000.000 ptas.- a Jesús Gil, cuenta 2.225-271 de la misma entidad bancaria. Desde esa última cuenta Jesús Gil ordenó transferir esa cantidad, y siempre en la misma fecha, a la 2.224-271 antes mencionada del Club en transformación.

Respecto a la cuenta en el Credit Lyonnais, el 30 de junio de 1992 el banco ingresó a Enrique Cerezo, en su cuenta nº 11 465119 001, la cantidad de 650.255.200 ptas., como si fuera anticipo de un préstamo de 675.000.000 ptas.; póliza de préstamo que fue suscrita el 3 de julio de 1992 por dicha cantidad. El 30 de junio de 1992 Enrique Cerezo depositó 650.255.200 ptas., procedentes del anticipo del préstamo, en la cuenta

465085-001 antes mencionada.- Como esos ingresos no tenían otra finalidad que aparentar el desembolso, para inmediatamente ser reintegrados, el 30 de Junio de 1992, Jesús Gil dirigió una carta al Banco de Vitoria, expresando que, habiéndose procedido en aquella fecha a firmar escritura de la cesión de la totalidad de los derechos de transferencia de los jugadores profesionales de la plantilla del Club, rogaba, en su calidad de presidente de la Sociedad Anónima Deportiva, se sirviesen transferir a la cuenta corriente abierta a nombre de Jesús Gil en la sucursal la cantidad de 1.300.000.000 ptas. El propio Jesús Gil en la misma fecha ordenó al Banco de Vitoria entregar esa cantidad a DORNA, con cargo a la cuenta abierta a Jesús Gil.- Paralelamente y a fin de que el desembolso de Enrique Cerezo tampoco fuese efectivo, Jesús Gil dirigió otra carta fechada el 3 de julio de 1992 al Credit Lyonnais, expresando que el 30 de junio se había firmado escritura de la cesión de la totalidad de los derechos de transferencia de los jugadores profesionales de la plantilla del Club, y que rogaba, en su calidad de presidente de la Sociedad Anónima Deportiva, se sirviesen transferir a la cuenta corriente que Jesús Gil mantenía en la sucursal la cantidad de 650.250.000 ptas. al mismo tiempo Jesús Gil rogó a la entidad bancaria la transferencia de la indicada suma a la cuenta de Enrique Cerezo, en concepto de adelanto para la compra por Jesús Gil de las acciones que Enrique Cerezo había suscrito. El abono fue efectuado con fecha de valor 3 de julio de 1992, lo que permitió que con fecha 6 de julio Enrique Cerezo cancelase el préstamo.

Fechado el 30 de junio de 1992 Jesús Gil y Enrique Cerezo habían suscrito un documento privado en el constaba que el primero compraba al segundo por 675.000.000 ptas. las acciones que el segundo había adquirido. De esta manera Jesús Gil llegaba a ser propietario del 95% de las acciones, sin haber hecho él o Enrique Cerezo la aportación efectiva de 1.300.000.000 ptas. por un lado y de 650.255.200 ptas. por otro, correspondientes a tal desembolso, y ello gracias a las deudas cuyo reconocimiento había logrado, pese al compromiso que en su día había asumido de no reintegrarse más que con cargo a beneficios.

En cuanto al dinero ingresado en la cuenta del Banco Central Hispanoamericano, correspondiente al desembolso efectuado por otros accionistas, Jesús Gil el 1 de julio de 1992 ordenó su transferencia a la cuenta que en esa entidad tenía abierta PROMOCIONES FUTBOLÍSTICAS S.A. nº 122537-5. Esta cuenta era entonces utilizada, ya casi en exclusiva, como cuenta saco, a la que iban a parar todo tipo de abonos o de cargos, tanto del club como de las empresas de Jesús Gil. "PROMOCIONES FUTBOLÍSTICAS, S.A." era una sociedad meramente instrumental que hacía de "Caja única".- El 17 de noviembre de 1992, Enrique Cerezo Torres, que no tenía acción alguna del Atlético de Madrid, suscribió con Jesús Gil un contrato por el que este último acusado vendía al primero, por veinte millones de pesetas, 23.507 acciones que representan el 9,46% del capital, lo que arroja un precio por acción de 850.- ptas, mientras que los 3.174 socios que sí desembolsaron el importe de las acciones que compraron abonaron por cada acción, cinco meses antes, ocho mil trescientas pesetas (8.400.-ptas).-

La mala situación económico-financiera por la que venía atravesando el club como asociación se vio agravada en la sociedad por **la inexistencia de desembolso efectivo del capital social**, salvo en una mínima parte [...]"

Es la Audiencia Nacional primero, y el Tribunal Supremo después, quién determina que no se realizó el desembolso del capital con motivo

de la transformación del club en sociedad anónima deportiva, pese a ser de obligado cumplimiento según el **art. 22.1 de la Ley del Deporte**.

Así pues, en la fecha en la que se celebró la Junta General Extraordinaria ahora impugnada nos encontrábamos ante una de las siguientes situaciones:

1.- O bien, una defectuosa transformación del club en sociedad anónima deportiva al no haberse suscrito el capital social en su totalidad en la fecha de 30 de junio de 1992.

2.- O bien, que los socios mayoritarios, Sres. Gil y Cerezo, estaban en situación de mora, ya que no habían ingresado en la tesorería de la sociedad el importe correspondiente al capital suscrito.

En ninguno de los casos sus acciones debieron ser incluidas en la lista de asistentes a la Junta General Extraordinaria de 27 de junio de 2003, y menos aún con derecho a voto.

De contrario se ha venido sosteniendo la tesis de que la lista de asistentes estaba válidamente formada, ya que obtuvieron autorización de la Audiencia Nacional para llevar a cabo la Junta que aprobaría la ampliación, con la condición de que se ingresaran en la sociedad como medida cautelar y, con el fin de no soslayar la ejecución de la sentencia dictada, la cantidad de 11,72 millones de euros (vid. documento nº 6 de la demanda).

El auto es dictado por la Sala con fecha **20 de junio de 2003** y el ingreso de esa cantidad se produce el día **15 de julio de 2003**, según certificado emitido por el Banco de Vitoria (vid. documento nº 10 de la contestación a la demanda).

En todo caso, efectúan el ingreso de la cantidad de 11,72 millones de euros, a posteriori, después de celebrada la Junta General, y lo más importante, un juzgado penal no puede determinar la legalidad de los actos de la vida de la sociedad.

La existencia de mora por parte de los accionistas es un defecto que no puede ser subsanado con posterioridad, para poder comparecer en la Junta General y ejercer el derecho al voto, el accionista debe estar al corriente de pago con la sociedad respecto de los desembolsos. Y no se debe producir caprichosamente cuando le parezca al accionista. De lo contrario se estaría primando al accionista incumplidor que solventaría la situación de mora cuando los acuerdos adoptados en la Junta General le benefician.

La situación de mora de los accionistas mayoritarios, Sres. Gil y Cerezo, igualmente habría provocado falta de quorum para poder llevar a cabo una reforma estatutaria, supone una **infracción del art. 103 de la Ley de Sociedades Anónimas**, que establece que *“para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o la reducción del capital, la transformación, fusión, o escisión de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los estatutos sociales, 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 a voto. 2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital."

En este caso no habría quorum en ninguno de los casos, pues al no computarse las acciones de los socios mayoritarios el capital asistente con derecho a voto, no superó el veinticinco por ciento.

En definitiva, consideramos que los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de 27 de junio de 2003, deben ser declarados nulos, ya que la misma se celebró vulnerando la normativa societaria relativa a la formación de la junta, y el quorum suficiente para adoptar acuerdos sobre reforma estatutaria, como es una ampliación de capital.

SEGUNDA.- DE LA EXCLUSION DEL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE.

Para el planteamiento de este motivo de apelación, vamos a hacer nuestro la tesis mantenida por la **Audiencia Provincial de Sevilla** (secc. 5ª), en su Sentencia de 18 de febrero de 2002 (AC\2002\1188), con motivo de la impugnación de los acuerdos adoptados en una Junta General del **Sevilla, C.F., SAD**, en la que en su fundamento jurídico séptimo analiza la supresión del derecho de adquisición preferente, diciendo lo siguiente:

*"Por fin analizaremos **si existe el interés social que justifique la supresión del derecho de adquisición preferente de acciones**. Ardua tarea es la de determinar cuál es el interés social de una entidad. Desde una óptica contractualista es el interés común de todos los socios. Desde una perspectiva institucionalista el*

interés social no es sólo el de los accionistas sino que está integrado por otros intereses vinculados a la actividad de la empresa. La determinación de cuál sea el interés social habrá de realizarse caso por caso teniendo en cuenta los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad que la mejor doctrina mercantilista entiende que deben concurrir para justificar la supresión del derecho de suscripción preferente de acciones.

Para resolver esta cuestión hay que partir de la verdadera naturaleza de la sociedad que nos ocupa. Es una sociedad anónima deportiva sujeta a la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas con las particularidades propias que establece la [Ley 10/1990 de 5 de octubre](#), del Deporte y demás preceptos reglamentarios. Es una sociedad anónima, pero no exclusivamente una sociedad anónima mercantil con un exclusivo fin de lucro y obtención de los mayores beneficios posibles para sus accionistas, sino una sociedad anónima deportiva, es decir, una sociedad anónima especial, cuyo fin primordial no es el lucro, sino el fomento de otros valores como el desarrollo de la actividad deportiva, el fomento del deporte entre la juventud (la actividad de la entidad no se agota con las actividades del equipo de fútbol profesional y con la producción del espectáculo futbolístico que atrae a miles de personas, sino que son numerosos los equipos alevines, infantiles, juveniles, etc., que el club promociona, fomenta y desarrolla, realizando una importante labor social que contribuye a la formación y educación de muchos jóvenes), es un importante centro de relación social para cuantos constituyen la afición del Sevilla, FC, y aglutina a miles de ciudadanos que constituyen una importantísima masa social unida por un sentimiento a un club, a una entidad y a sus colores, tan arraigado que se conoce popularmente como «sentimiento sevillista» o «sevillismo». Fenómeno que no es exclusivo de este club, sino que es común a todos los clubs de fútbol nacionales e internacionales, pues es notorio que el fútbol es algo más o mucho más que un mero espectáculo deportivo y constituye una actividad que aglutina pasiones, mueve sentimientos y moviliza a las aficiones.

Estas aficiones o masa social seguidora del club, que cuando no era más que una asociación deportiva eran los dueños del club en tanto en cuanto fuesen asociados y pagasen la oportuna cuota que además les permitía disfrutar del espectáculo, un buen día, a causa de los cambios legislativos que obligaron a cambiar la naturaleza jurídica de lo que no era más que una sociedad deportiva en una sociedad anónima de carácter especial, se encontraron con que la sociedad pasaba a ser propiedad de los accionistas que adquirieron acciones, y como en el proceso de transformación se produjo una mínima suscripción de acciones por parte de los antiguos asociados, quedaron la inmensa mayoría de aficionados y seguidores convertidos en simples clientes que a cambio de pagar el abono anual o la entrada podían presenciar el espectáculo deportivo. Pero esta transformación inevitable lo que no podía evitar era que el sentimiento de esa masa de seguidores y aficionados siguiese siendo el mismo aun cuando ya no participasen en los destinos de la entidad, al menos directamente, pues es evidente su capacidad de influencia en las decisiones fundamentalmente deportivas adoptadas por el Consejo de Administración.

Esta realidad no puede ser desconocida a la hora de definir lo que constituye el interés social de la compañía. Es por ello que estimamos que tratándose de sociedades deportivas no puede aplicarse la teoría contractualista del interés social, sino la institucionalista. El interés social no puede ser exclusivamente el de los accionistas sino el corporativo integrado por otros intereses vinculados a la actividad propia de la sociedad deportiva que han de ser tomados en consideración, en concreto esa masa fiel de abonados de la entidad que no son meros clientes que

pagan su abono para obtener un mejor precio sino que se abonan porque les mueve la sensibilidad, el cariño y el deseo de apoyo al equipo de fútbol que llevan en su sentimiento. Y esta afición es de una importancia y trascendencia tal para la sociedad anónima deportiva que sin ella difícilmente podría mantenerse y subsistir.

De ahí que el deseo de fidelizar a esa masa social, convirtiéndola en propietaria del club, promoviendo su participación en los destinos de la entidad mediante su integración en el grupo de accionistas, involucrándola, en definitiva, en la marcha de la empresa social, sea un interés social en este caso concreto que justifique sobradamente la medida de suprimir el derecho de suscripción preferente de acciones, aunque los derechos de algunos accionistas tengan que padecer. Y es que es una medida adecuada e idónea para conseguir el fin de la fidelización y que el capital se reparta entre el mayor número de abonados posible. Es necesaria pues si se pretende que suscriban las acciones los abonados no accionistas y que el patrimonio esté repartido entre el mayor número de abonados no hay otra alternativa que suprimir el derecho de adquisición preferente. Y si la hubiera, como sostienen los demandantes, mediante el sistema de una ampliación con suscripción parcial por de los abonados del orden del 25% de las acciones nuevas, a razón de una acción por abonado, dejando el resto para su suscripción por los accionistas, no sería la mejor solución para la sociedad, que es lo que debe prevalecer conforme a la tesis que hemos expuesto, pues no se conseguiría el objetivo de que el capital social se reparta entre el mayor número de abonados si se limitase el capital a suscribir por los abonados con la posibilidad de que los socios mayoritarios acumulasen la mayor parte del aumento de capital produciéndose una concentración de gran número de acciones en poder de pocos accionistas con lo que se conseguiría un efecto inverso al buscado. Lo que se persigue es que ese reparto de acciones produzca la vinculación del abonado que será mayor cuantas más acciones tenga en la sociedad y la atribución de una única acción tendría un carácter simbólico pero escasamente vinculante, con lo que el fin de la ampliación quedaría muy diluido y posiblemente en mayor o menor plazo frustrado. Finalmente la medida es proporcional porque los beneficios que reporta a la sociedad la ampliación de capital con supresión del derecho de suscripción preferente compensan el sacrificio de los accionistas privados de tal derecho.

El criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Sevilla es el de establecer que existe interés social, en los términos del **art. 149 de la LSA**, cuando la exclusión del derecho de suscripción preferente, redunde en la apertura del capital social de la entidad a la masa de simpatizantes y seguidores del club, con el fin de posibilitar la entrada en el capital del mayor número de accionistas, debido a la idiosincrasia de los clubes de fútbol y de su estrecha relación con los aficionados.

Sin embargo, en el caso de autos la exclusión del derecho de suscripción preferente no se realiza en aras del interés social, en los términos que entiende la Audiencia de Sevilla, sino que se hace en aras del interés de los accionistas mayoritarios.

De una simple lectura del informe de los administradores de la sociedad (vid. documento nº 9 de la contestación a la demanda), de la lista de acreedores que han prestado su conformidad a capitalizar sus créditos, los tres principales acreedores con un importe total de créditos a capitalizar de **18.771.949,69 €**, es decir, un **84,26 %** del importe de la ampliación de capital corresponden a las sociedades PROMOCIONES FUTBOLISTICAS, S.A., PROMOCIONES GUADALQUIVIR, S.A., y VIDEO MERCURY FILMS, S.A., vinculadas a los Señores Gil y Cerezo. ¿Dónde está el interés de la sociedad?

A nuestro juicio, se ha sustituido el interés social por el interés de los socios mayoritarios, quienes ante una eventual confirmación por el Tribunal Supremo de la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de febrero de 2003, habrían perdido sus acciones en la SAD, ya que las debería haber amortizado y reintegrado a la SAD. Y con esta ampliación de capital por compensación de créditos, subordinados no lo olvidemos, con exclusión del derecho de suscripción preferente, habrían mantenido una posición predominante en el capital de la sociedad.

Esta operación societaria no obedece a ningún interés social, que por otro lado tampoco se detalla en el informe de los administradores de la SAD, como exige el art. 159.1.b) de la LSA, sino que obedece al

interés y temor de los socios mayoritarios y, a la sazón, administradores de la sociedad, de ver perjudicada su posición dentro del accionariado debido a la ejecución de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, si hubiera sido confirmada por el Tribunal Supremo.

En definitiva, este motivo de apelación obedece a una infracción del art. 159.1 y 1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas, debido a que la exclusión del derecho de suscripción preferente se aprueba en contra del interés social, y sin que el informe de los administradores *“en el que se justifique detalladamente la propuesta”* y motivos en que se fundamente la exclusión del derecho de suscripción preferente.

TERCERA.- DE LA VALORACION IRREAL DE LA ACCION. DE LA IRREALIDAD DEL BALANCE.

Se plantea este motivo de apelación, por la incongruencia omisiva de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en la cual no se resuelve al respecto este punto. No existe ningún pronunciamiento.

En nuestro escrito de demanda se hacía expresa manifestación a la *“falacia de las cuentas”* de la sociedad, y relacionábamos una serie de salvedades que no habían sido tenidas en cuenta ni por el informe del BANCO ESPIRITO SANTO, ni por el de BENITO Y MONJARDIN. Pero además algunas de las contingencias que poníamos de manifiesto en nuestro escrito de demanda son tenidas en cuenta por el Auditor tanto

en el Informe Especial sobre aumento de capital por compensación de créditos, como en el Informe sobre especial sobre exclusión del derecho de suscripción preferente.

Las salvedades puestas de manifiesto no son menores, como es el embargo del crédito de la sociedad "PROMOCIONES FUTBOLISTICAS, S.A.", sociedad que después de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de junio de 2005, debe reintegrar a la SAD en la suma de **16,22 millones de euros**; o las actas levantadas por la Agencia Tributaria, que ascienden a **79,44 millones de euros**; así como otras puestas de manifiesto en el escrito de demanda que damos por reproducidas; y en todo caso es reconocido tanto por los administradores de la sociedad, como por el Auditor, como por las entidades BANCO ESPIRITO SANTO y BENITO Y MONJARDIN, que el valor real de la acción está muy por debajo del valor nominal.

Esta parte sostiene que el valor real de la acción, al contrario de lo mantenido por los administradores de la sociedad, como por el Auditor, como por las entidades BANCO ESPIRITO SANTO y BENITO Y MONJARDIN, es CERO debido a las contingencias puestas de manifiesto en nuestro escrito de demanda.

Por eso se solicitó y fue admitida por el Juzgado la prueba pericial propuesta por esta parte, y que finalmente no se llegó a practicar por razones ajenas a la parte proponente.

Así venimos a solicitar su práctica en esta segunda instancia, en aplicación del **art. 460.2.2º de la LEC**, al tratarse un medio de prueba *"propuesta y admitida en la primera instancia que, por*

cualquier causa no imputable al que la hubiere solicitado, no hubiere podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales”.

Con esta prueba pericial pretendemos acreditar cual es el valor real de la acción de la sociedad a la fecha de 27 de junio de 2003, fecha de celebración de la Junta General en la que se tenía que deliberar sobre la ampliación de capital propuesta por el Consejo.

SEXTA.- DE LOS CREDITOS NO PRIVILEGIADOS

Igualmente, se plantea este motivo de apelación, por la incongruencia omisiva de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en la cual no se resuelve al respecto este punto. No existe ningún pronunciamiento.

Como ya dijimos en nuestro escrito de demanda, la pretensión de la ampliación de capital de privilegiar determinados créditos de administradores y accionistas está basada en un dictamen del catedrático de derecho mercantil, Sr. Sánchez calero. Pues bien, con los debidos respetos, y en base a la anterior redacción del **artículo 27.1 de la Ley del Deporte**, no puede sostenerse, como se hace en la primera de las conclusiones de aquel, puesto que la apreciación de que los créditos subordinados solo se entienden dentro de un proceso concursal, estaba ya contradicha expresamente y acotada muy nítidamente. Solamente era exigible que haya beneficios. Y ese no es, con toda evidencia, el caso de la sociedad anónima deportiva en cuestión. Pero dicho artículo ha sido modificado por la **ley 50/1998**,

de 30 de diciembre, y su relación actual no tiene otra interpretación que la estrictamente literal: *“Los créditos por préstamos hecho por accionistas, consejeros y demás administradoras de una sociedad anónima deportiva a favor de ésta tendrá la consideración de subordinados respecto a los demás que los que la sociedad figurarse como deudora”*.

Pero es que esa interpretación del dictamen no sólo va contra la literalidad de la norma, sino contra la lógica de lo sucedido en la sociedad. ¿O es que Gil y Gil y Cerezo Torres no están condenados provisionalmente por apropiación indebida sierra interrogación. ¿O no hay otros procesos penales en marcha por la exigencia de otras deudas con el club? ¿Quién puede sostener a estas alturas que dichos administradores pusieron dinero para evitar la desaparición del club, en contra de la realidad, hasta ahora contradicha, de apropiaciones, desvíos, etc.?

La ley invita a emitir, suscribir y desembolsar acciones, pero lo hace precisamente castigando las aportaciones por vía de préstamo con la subordinación. El accionista o administrador que presta al club, lo hace a sabiendas de que su préstamo es subordinado. La compensación de créditos por acciones es una forma de pago (**artículo 2156 y 1202 del Código Civil**). Y lo que la ley del deporte establece en el referido **artículo 27** es que tales créditos puede ser satisfechos, pero subordinados, es decir, que el Atlético puede pagar a Gil y a Cerezo, pero no puede hacerlo antes de haber satisfecho todos sus créditos vencidos, líquidos y exigibles. ¿Porque tendría que cobrar

Gil antes que la Agencia Tributaria, o Cerezo antes que la seguridad social?

Por ello, consideramos que la ampliación de capital por compensación de créditos aprobada en el Junta objeto del presente procedimiento, es contraria al **art. 27.1 de la Ley del Deporte y al art. 22 de la Ley de Sociedades Anónimas Deportivas**, ya que se están privilegiando los créditos que ostentan los administradores y socios mayoritarios de la entidad, frente al resto de acreedores, en clara vulneración del texto de la mencionada norma, que los califica a todos los efectos de SUBORDINADOS.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO PARA ANTE LA SALA, que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en mérito de lo expuesto, tenga por **INTERPUESTO** en tiempo y forma **RECURSO DE APELACION** contra el citado auto, y previo emplazamiento a las demás partes por término de diez días, para que presenten escrito de oposición o en su caso de impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable, ordene la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Madrid, competente para resolver la apelación planteada.

Es de justicia, que pido.

Madrid, 17 de julio de 2009

OTROSI DIGO, que al amparo del art. **art. 460.2.2º de la LEC**, al tratarse un medio de prueba *“propuesta y admitida en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que la hubiere solicitado, no hubiere podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales”*, vengo a solicitar la práctica en esta segunda instancia de la prueba pericial consistente en que por Técnicos del Ministerio de Economía, y a la vista de los estados contables y financieros de la sociedad, se elabore un informe de la situación económica-financiera de la sociedad a fecha 27 de junio de 2003, con el fin de determinar el valor real de la acción del Club Atlético de Madrid, SAD.

A tal fin solicito a la sala se libre atento oficio a la Oficina Nacional de Auditoria, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, con domicilio en c/ María de Molina, 50 de Madrid, 28006, para que designe de entre sus técnicos a uno que elabore el informe pericial solicitado.

SUPLICO AL JUZGADO PARA ANTE LA SALA, que a la vista de lo manifestado en este **OTROSI**, admita la práctica de la prueba en segunda instancia y acuerde lo conducente para su práctica.

SEGUNDO OTROSI DIGO, que habiendo finalizado el plazo de presentación del presente escrito de formalización de recurso de apelación, el día 17 de julio de 2009, vengo a presentar el mismo en el registro en funciones de guardia al día hábil siguiente antes de las 15,00 horas, de conformidad con lo establecido en el art. 135 de la LEC.

SUPLICO AL JUZGADO, que a la vista de lo manifestado en este **OTROSI**, acuerde la admisión del presente escrito con fecha de 17 de julio de 2009, dentro del plazo al efecto conferido.

Es de justicia, que reitero.

En el lugar y fecha arriba indicado.