

Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo 2

Tlf.: . Fax:

NIG: 4109143P20080036856

Nº Procedimiento: Procedimiento Sumario Ordinario 4269/2014

Nº EJECUTORIA:

Asunto: 300432/2016

Procedimiento Origen: Procedimiento Sumario Ordinario 3/2014

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº6 DE SEVILLA

Negociado:1C

SENTENCIA NÚMERO 99/2017

En la ciudad de Sevilla, a quince de marzo de 2018.

ILMOS. SRES.

D. ÁNGEL MÁRQUEZ ROMERO (Ponente)

D. INMACULADA JURADO HORTELANO

D. FRANCISCO DE ASIS MOLINA CRESPO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial, integrada por los Ilmos. Sres. reseñados al margen, ha visto en juicio oral y público los autos del procedimiento ordinario nº 3/14 seguido en el Juzgado de Instrucción nº Seis de Sevilla, en el que vienen como acusados: **MANUEL RUIZ DE LOPERA AVALOS**, con D.N.I , vecino de Sevilla, con instrucción, en libertad por esta causa en la que ha estado representado por la Procuradora Dña. M^a del Carmen Rodríguez Casas; **MARIA MERCEDES FERRARO MORA**, con D.N.I con instrucción, en libertad por esta causa en la que ha estado representada por la Procuradora D^a M^a del Carmen Rodríguez Casas; **GUILLERMO MOLINA PEREZ**, con DNI , con instrucción, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por la Procuradora D^a M^a Dolores Bernal Gutiérrez; **ANA MARÍA RUIZ PEÑA**, con DNI , con instrucción, en libertad por esta causa, en la que ha estado representada por la Procuradora M^a del

Carmen Rodríguez Casas; **MARIA TERESA GONZALEZ MARTINEZ** con DNI , con instrucción en libertad por esta causa, en la que ha estado representada por el Procurador D. Javier Díaz de la Serna Charlo, y **FRANCISCO JAVIER PÁEZ RUIZ**, con DNI , con instrucción, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por la Procuradora D^a M^a del Carmen Rodríguez Casas.

La acusación particular ejercitada por la Asociación “Béticos por el Villamarín” en trámite de conclusiones definitivas, retiró la acusación contra Angel Guillermo Martín Vega y Luis Oliver Albesa, si bien respecto de éste mantuvo su acusación como responsable civil.

Igualmente, la acusación particular interesó se declararan responsables civiles subsidiarios respecto de los acusados y solidarias entre ellas, a las entidades TEGASA, ENCADESA, FARUSA, INCECOSA Y FRIGIMUEBLES S.A., igualmente, a BITTON SPORT SL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El juicio oral ha tenido lugar en audiencia pública iniciada el día 18 de abril de 2017, y se ha desarrollado a lo largo de 29 sesiones que concluyeron el día 12 de enero de 2018, habiéndose practicado las siguientes pruebas: declaración de los acusados, testifical propuesta y no renunciada, pericial y documental reproducida.

Segundo.- El Ministerio Fiscal en fecha 4/9/2017 presentó escrito en el que modificaba sus conclusiones provisionales, al haber llegado a un acuerdo de conformidad con los acusados, quienes mostraron su aprobación al mismo, tanto ellos, como sus defensas, si bien éstas, al haberse mantenido la acusación particular en su calificación y petición de penas, en el informe final consideran que al no haberse llegado a una transacción que ponga fin al juicio con el resultado

convenido, debe valorarse la finalidad pretendida con dicho acuerdo, que no era otra más que acabar con la litigiosidad existente con el acusado Manuel Ruiz de Lopera Avalos.

Conforme al escrito de acusación definitivo del M^o Fiscal, los hechos narrados en el apartado B de sus conclusiones, son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida tipificado en el art 252 –redacción introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, vigente desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 30 de junio de 2015- en relación con 250.1.6^o -redacción originaria, vigente desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 22 de junio de 2010-, y 74.1 y 2 primer inciso, del Código Penal, del que considera autores a Manuel Ruiz de Lopera Avalo y Guillermo Molina Pérez, y cómplices a tenor del art 29 y 63 del CP, a las acusadas Mercedes Ferraro de Mora, y María Teresa González Martínez, concurriendo la circunstancia atenuante n^o 6 del art 21 y 66 p. 2^o de dilaciones indebidas muy cualificada, y la atenuante muy cualificada de reparación del daño del art 21 p. 5^o y 66 p. 2^o del CP, por lo que solicitó las siguientes penas:

1^o.- A MANUEL RUIZ DE LOPERA, 6 meses de prisión que será sustituida por 12 meses de multa con cuota diaria 10 euros, y multa de 4 meses con cuota diaria de 10 euros, con aplicación del art 53 del CP en caso de impago. Accesorias legales de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2^o.- A GUILLERMO MOLINA PEREZ, 6 meses de prisión que serán sustituidos por 12 meses de multa con cuota diaria 10 euros, y multa de 4 meses con cuota diaria de 10 euros, con aplicación del art 53 del CP en caso de impago. Accesorias legales de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3^o.- A MERCEDES FERRARO DE MORA, 3 meses de prisión que serán

sustituidos por 6 meses de multa con cuota diaria de 6 euros, y pena de multa de 3 meses con cuota diaria de 6 euros, con aplicación del art 53 del CP en caso de impago. Accesorias legales de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

4º.- A MARIA TERESA GONZALEZ MARTINEZ, 3 meses de prisión que serán sustituidos por 6 meses de multa con cuota diaria de 6 euros, y pena de multa de 3 meses con cuota diaria de 6 euros, con aplicación del art 53 del CP en caso de impago. Accesorias legales de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Tercero.- La acusación privada en el acto del plenario modificó sus conclusiones provisionales y calificó los hechos descritos como delictivos en los NUMEROS V.1, 2, 3, y 6 de sus conclusiones provisionales como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250 nº 6 del CP, y en todo caso con el art. 74 del mismo, y aplicación de su apartado 2 (notoria gravedad y perjuicio a una generalidad de personas cual los restantes socios del Betis).

Subsidiariamente, constituyen tales hechos un delito continuado de administración desleal del art. 295 del CP con aplicación también del apartado 2 del art. 74 del CP (especial gravedad y perjuicio a una generalidad de personas), al tratarse de un delito contra el patrimonio.

Los hechos descritos como delictivos en los NUMEROS V. 4 y 5 son constitutivos de un delito continuado de administración desleal del art. 295 del CP en su anterior versión del CP de 1995, con aplicación también del apartado 2 del art. 74 del CP (especial gravedad y perjuicio a una generalidad de personas), al tratarse de un delito contra el patrimonio).

Del delito continuado de apropiación indebida o, subsidiariamente, del delito continuado de administración desleal, citado en primer lugar, es autor Manuel Ruiz de Lopera, e igualmente, en cuanto cooperadores necesarios, María Mercedes Ferraro de Mora, Teresa González Martínez, Ana María Ruiz Peña, Francisco Javier Páez Ruiz y Guillermo Molina Pérez.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó que se impusieran las siguientes penas:

A Manuel Ruiz de Lopera por el delito continuado de apropiación indebida, recogido en el punto primero (hechos delictivos 1, 2, 3 y 6) la pena de 9 años de prisión con la accesoria (ex art. 56 del CP redactado por LO 15/03) de inhabilitación especial para administrar sociedades deportivas durante 15 años. Así como una multa de 12 meses con cuota diaria de 5.000 euros.

Subsidiariamente, por el delito de administración desleal continuado procede imponer a Manuel Ruiz de Lopera la pena de 6 años de prisión, con la accesoria (ex art. 56 del CP redactado por LO 15/03) de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para administrar sociedades deportivas durante 15 años.

Por el delito continuado de administración desleal, recogido en apartado B) (hechos delictivos V.4 Y 5) procede imponer a Manuel Ruiz de Lopera la pena de 5 años de prisión, con la accesoria (ex art. 56 del CP redactado por LO 15/03) de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para administrar sociedades deportivas durante 15 años.

A los cooperadores necesarios de estos delitos procede imponer (art. 65 de CP) por el delito de apropiación indebida la pena de 3 años de prisión con la accesoria (ex art. 56 del CP redactado por LO 15/03) de inhabilitación para el

derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para administrar sociedades deportivas durante 10 años. A más procede imponerles una multa de 12 meses con cuota diaria de 300 euros.

Subsidiariamente, por el delito de administración desleal procede imponer a tales cooperadores (art. 65 del CP) la pena de 2 años de prisión con la accesoria (ex art. 56 del CP redactado por LO 15/03) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para administrar sociedades deportivas durante 10 años.

Por el delito de administración desleal procede imponer a tales cooperadores (art. 65 de CP) la pena de 2 años de prisión con la accesoria (ex art. 56 del CP redactado por LO 15/03) de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para administrar sociedades deportivas durante 10 años.

En concepto de Responsabilidad civil, los procesados indemnizarán al Real Betis Balompié SAD las siguientes cantidades:

- 1.202.024, 21 €, derivada del delito de apropiación con ocasión del pago de la cláusula de rescisión del contrato de Roberto Ríos.

-2.575.073,27 € por el delito contra la Hacienda Pública, cuyo pago correspondía a Ruiz de Lopera y que éste abonó con fondos del RBBSAD.

-273.977 €, correspondiente a la amortización del jugador Albert Nadj, que no se realizó.

-1.443.406 €, por una presunta opción de compra de jugadores al Club de Fútbol CSKA de Moscú, que no se efectuó en la realidad.

-900.000 €, correspondientes a un pago a la entidad la EUROPEISKI SPORT, que tampoco se ajustaba a la realidad.

Igualmente se solicita la condena a la restitución de 20.662 acciones del RBBSAD de las que se apropió indebidamente FARUSA, restitución que procede in natura, en virtud de lo dispuesto en el art. 111 del C.C., subsidiariamente, si no fuera jurídicamente posible, se condene a indemnizar daños y perjuicios por el valor de dichas acciones. Siendo responsable civil por tal hecho, Luis Oliver Albesa y la sociedad BITTON SPORT S.L.

Igualmente, procede condenar, en razón al delito de apropiación indebida o bien de administración desleal, todos los acusados de modo solidario y con la responsabilidad civil subsidiaria de TEGASA, ENCADESA, FARUSA, INCECOSA Y FRIGIMUEBLES SA, (solidaria entre ellas) a que indemnicen al Real Betis los daños y perjuicios causados, sea por la apropiación indebida sea por el delito de administración desleal, estableciendo que la cuota interna de responsabilidad civil de los cooperadores necesarios quede establecida del siguiente modo.

En un 3% del perjuicio total causado al Betis, para cada una de las procesadas, María Mercedes Ferraro de Mora, Teresa González Martínez y Ana María Ruiz Peña.

Francisco Javier Páez Ruiz tendrá una cuota interna de un 5% del total de los perjuicios para el Betis y Guillermo Molina Pérez tendrá una cuota interna de un 8% del perjuicio total. Quedando el resto de la cuota interna para Manuel Ruiz de Lopera.

Todas estas cantidades devengarán el interés legal moratorio desde la fecha de cada hecho hasta la emisión de la sentencia de la Audiencia. Desde tal

sentencia tal interés legal se incrementará en dos puntos -así se solicita- con el interés procesal del art. 576 de la LEC.

HECHOS PROBADOS

Primero.- El acusado MANUEL RUIZ DE LOPERA Y AVALOS, mayor de edad, con antecedentes penales cancelables, en su calidad de Consejero Delegado del Real Betis Balompié SAD desde el 2 de septiembre de 1.992, con asignación de las máximas funciones de administración y representación del Consejo de Administración conforme a los arts. 26 y 28 de los Estatutos sociales, a fin de procurar solvencia al Club ante la deficitaria situación económica en la que se encontraba, con fondos propios negativos por importe de -156.885.166 pesetas y deudas ascendentes a 3.095.000.000 pesetas a largo plazo (1.144 millones exigibles a corto plazo), decidió, junto con el Presidente de dicho Club, José León Gómez, que una sociedad dirigida por aquel, TEGASA (Técnica y Garantía del Deporte SA), participada en un 33,06% de su capital por FARUSA, accionista mayoritario del RBB e igualmente dominada por el acusado, gestionara los recursos del Club, materializándose su consentimiento en la suscripción el 30 de abril de 1.993 de un contrato de "*arrendamiento y prestación de servicios*" firmado por dicho Presidente y la entidad TEGASA, representada por su Administrador único, el también procesado FRANCISCO JAVIER PAEZ RUIZ, mayor de edad, sin antecedentes penales, sobrino del Sr. Lopera.

Contrato que pretendía optimizar los costes laborales de técnicos y jugadores, además de conseguir apoyo económico y financiero para el Club, por la garantía que podía ofrecer el Sr. Ruiz de Lopera ante las entidades crediticias. Como señalaba su exposición de motivos, su finalidad era "*la obtención de unos ingresos mínimos que capaciten y aseguren la subsistencia del mismo en la élite del fútbol, logrando la difícil meta del equilibrio presupuestario*".

El acusado Manuel Ruiz de Lopera gestionaba ambas entidades, el RBB y TEGASA, con el asesoramiento del también acusado GUILLERMO MOLINA PEREZ, mayor de edad, sin antecedentes penales, perito mercantil e íntimo colaborador, a quién en 1996 había otorgado plenos poderes para actuar en nombre de TEGASA, ejerciendo, junto con él, como Administrador de hecho de la misma, desempeñando el procesado Francisco Javier Páez Ruiz un cargo puramente testimonial hasta que fue sustituido el 8 de enero de 1996 por la acusada M^a TERESA GONZALEZ MARTINEZ, nombrada por el acusado Manuel Ruiz de Lopera administradora única de TEGASA, por ser de su confianza y socia en la entidad FRIGIMUEBLE SA desde 1975 (en la que M^a Teresa poseía el 24 % de su accionariado).

M^a Teresa González, igualmente, carecía de poder de decisión en TEGASA, desempeñando funciones meramente representativas y administrativas a las órdenes de los acusados Manuel Ruiz de Lopera y Guillermo Molina Pérez.

Para obtener los ingresos a que se refiere la exposición de motivos del contrato de 30 de abril de 1993, se estipuló que TEGASA atendiera los pagos ordenados por el Club, hasta el límite de 850 millones de pesetas y, a cambio, el RBB arrendaba a TEGASA sus instalaciones, derechos y servicios para su gestión y cobro, con compromiso de garantizar el fin primordial del RBBSAD: "*La práctica del fútbol en competición oficial*". Asimismo se cede a TEGASA la exclusividad de "*negociar, firmar, gestionar, y cobrar*" todos los ingresos que se produzcan por todos los conceptos, mencionándose como tales, los derivados de las entradas a los espectáculos deportivos, los de abonos, los de publicidad y sponsor, los de publicidad estática, los obtenidos por la cesión de imagen y logotipo, los derivados de la cesión de los derechos de Televisión etc..., dedicándose TEGASA, exclusivamente, a la gestión de los recursos económicos del RBBSAD, no desarrollando otra actividad mercantil.

Como garantía se pignora a favor de TEGASA el Estadio Benito Villamarín y los derechos de traspaso de los futbolistas.

En las Temporadas 93/94 y 94/95 la liquidación de TEGASA al Real Betis Balompié de las cantidades a que se obligaba en los contratos fueron superiores a los ingresos generados por la actividad deportiva, que ascendieron a 761.930.564 de pesetas, pagando TEGASA al Club 899.773.341 pesetas. Igualmente, en la temporada siguiente, 94/95, frente a recursos generados de 1.494.829.821 de pesetas, TEGASA realizó pagos al RBB por importe de 1.630.295.119 de pesetas, lo que supuso mayores gastos para TEGASA de 273.308.075 pesetas en beneficio de la actividad deportiva. Además, con cargo a dichos ingresos TEGASA asumió diversos gastos directamente relacionados con la actividad deportiva del RBB, que se han cuantificado por los peritos judiciales en 17.695,293 pesetas en la temporada 93/94, y en 75.122.756 pesetas en la 94/95. Gastos necesarios para el desarrollo de dicha actividad, que de no haber sido asumidos por TEGASA, habrían tenido que ser soportados necesariamente por el RBB. Asimismo, al finalizar la temporada (30-6-95), se consiguió recuperar la cifra de fondos propios del Real Betis Balompié hasta la cantidad de 717.967.000 ptas.

Resultados que motivaron la modificación de los contratos en 1996 y 1997 entre TEGASA y el Real Betis Balompié al objeto de buscar “*rentabilidad para ambas partes*”.

Contratos por los que TEGASA continuaba en exclusividad con la gestión económica de los recursos del Club, obligándose a pagar el 85% de los ingresos brutos que obtuviera de dicha gestión, así como retribuciones en especie de ropa y viajes del Club, tras deducir los gastos por derechos de imagen de los jugadores y técnicos del RBB que TEGASA también negociaba; además, TEGASA obtenía como contraprestación un derecho de tanteo sobre los traspasos de jugadores y

técnicos del Club con una reducción del 10% del precio convenido y una opción de compra con igual reducción sobre la cláusula de rescisión.

Asimismo, TEGASA se obligaba a prestar los avales necesarios al Club y a sus Administradores frente a terceros, dando lugar a la suscripción por TEGASA con la entidad La Caixa de las siguientes pólizas para facilitar operaciones financieras: el 19-12-96, para línea de avales por 200 millones de pesetas; el 23-12-96, de apertura de crédito por 250 millones de pesetas; el 28-9-98, para línea de avales por 400 millones de pesetas; 2 pólizas de préstamo de fecha 30-7-98 por 500 y 2.500 millones de pesetas respectivamente; préstamo con garantía hipotecaria de 1.000 millones de pesetas; y de apertura de crédito para negociación de letras de cambio y otros efectos mercantiles de fecha 5-11-99.

El nuevo contrato es de fecha uno de julio de 1996 y en él, además, se fija un importe mínimo garantizado para la temporada 1996/1997 de 1.500.000.000 de pesetas a cargo de TEGASA.

Posteriormente, el 4 de agosto de 1997, pero con vigencia para la temporada 1998/1999, se firma otro contrato en el que se vuelve a modificar la cláusula económica, obligándose TEGASA a garantizar una cantidad fija de 1.500.000.000 de pesetas, a lo que se sumaba el 50% de los ingresos que excedieran de esta cuantía, una vez deducidos de los mismos el importe de los derechos de imagen satisfechos por TEGASA.

A estos contratos se añaden sucesivos anexos por los que se modificaban las estipulaciones prácticamente todos los ejercicios, siendo los siguientes:

1.- Contrato de 30 de abril de 1993 (temporada 1993/1994).

Se estipula que TEGASA debería atender los pagos que el RBB le indicara

con un importe máximo de 850.000,000 de ptas. Además, tendrá derecho a percibir el 50% de los importes que superaran los 50.000.000 de pesetas por la participación en la Copa del Rey, y el 50% de los ingresos derivados de la participación del Club en la U.E.F.A.

2.- Anexo al contrato de 30 de abril de 1993 de fecha 20 de diciembre de 1994 (temporada 1994/1995).

Se establece que si los ingresos provenientes de la Liga Nacional de Fútbol Profesional devengados por el RBB superasen los 150.000.000 de pesetas, éste tendría derecho a percibir el 50% sobre el exceso. Además, si el Club quedara clasificado entre los ocho primeros en el campeonato de Liga percibiría 300.000,000 de pesetas.

3.- Anexo al contrato de 30 de abril de 1993, de fecha 19 de enero de 1996 (temporada 1995/1996).

Se estipuló que se pagaría al Club 300,000.000 de pesetas si se clasificara para participar en las competiciones Europeas.

4.- Contrato de 1 de julio de 1996 (temporadas 1996/1997 y 1997/1998).

Se cambia el sistema de retribución, fijándose que TEGASA satisfaría al Club el 85% de los ingresos obtenidos deducidos éstos en el importe de los derechos de imagen de los futbolistas que hubieran sido contratados por TEGASA, fijándose como importe mínimo 1.500.000,000 de pesetas. Asimismo, entregaría ropa deportiva hasta un importe de 40.000.000 de pesetas, y sufragaría gastos de viaje por esta misma cuantía.

5) Anexo al contrato de 1 de julio de 1996 firmado en esa misma fecha.

Se cede a TEGASA un derecho de tanteo sobre los derechos federativos de los jugadores del Club, un derecho de opción de compra sobre estos derechos y una participación del 10% del importe por el ejercicio de la cláusula de rescisión del art. 16.1 del R.D, 1006/85, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, según el cual *“la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable”*.

Los rendimientos extraordinarios derivados de esos conceptos (enajenación de derechos federativos sobre jugadores o ejercicio de la cláusula de rescisión del contrato laboral) no estarían incluidos en el contrato que vincula al Club y a TEGASA, y, por tanto, corresponderían al RBB. Sin embargo se estipuló que TEGASA se los abonara al Club en un número de anualidades iguales a las que restasen para la conclusión del contrato que las unía, como canon. Es decir, se pactó que el cobro de estos importes lo realizara TEGASA.

6) Contrato de 4 de agosto de 1997 (temporada 1998/1999).

Se establece como cantidad fija 1.500.000.000 de pesetas, a lo que se añadiría el 50% de los Ingresos obtenidos por TEGASA una vez deducidas la cuantía fija establecida y el importe de los derechos de imagen de los jugadores del Club que TEGASA tuviera contratados a su cargo. Asimismo se mantienen como retribución lo pactado en el anterior contrato con relación a la ropa deportiva y los gastos de viaje e, igualmente, lo relativo a los rendimientos derivados de la enajenación de los derechos federativos sobre jugadores o del ejercicio de la cláusula de rescisión.

Aunque el contrato firmado entre ambas entidades se refería a una mera cesión por parte del Real Betis Balompié a TEGASA de la representación en las negociaciones y posteriores gestiones de cobro (“negociar, firmar y cobrar...”) es decir, un contrato simplemente de mandato, mediación o representación, sin embargo, la interpretación que del mismo dieron las partes fue bien distinta: los ingresos derivados directamente del espectáculo o actividad deportiva se imputaron en la cuenta de resultados de TEGASA, con excepción de los derivados de las subvenciones y la participación del Club en los ingresos por las Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas. Mientras que en la cuenta de resultados del RBBSAD aparecen como ingresos, además de los últimos citados, los importes que le pagaba TEGASA como consecuencia del contrato, en las de TEGASA aparecen como ingreso los importes cobrados por los abonos de temporada por asistencia a los espectáculos deportivos, los Ingresos por taquillas, los de publicidad, los de derechos de televisión cobrados previamente por el RBB de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, los derivados de la participación del equipo deportivo en trofeos, los de otros derechos de televisión y radio, etc.

Sin embargo, parte de estos ingresos son percibidos previamente por el Real Betis Balompié y con posterioridad se “contrafacturan” por TEGASA; es decir, TEGASA gira una factura al RBB, por los mismos importes, en concepto de “*trabajos y servicios exteriores*”, que se convierten en ingresos para TEGASA y gasto para el Club. Facturas que no se correspondían con servicio alguno, sino que sólo suponen la justificación documental del trasvase de rentas que se produce.

Las obligaciones de pago asumidas en los contratos fueron cumplidas por TEGASA, afrontando durante su gestión de los recursos del Club, en las Temporadas 93/94 a 98/99, gastos y pagos en beneficio de la actividad deportiva que desarrollaba por importe de 3.053.738.172 pesetas (18.353.336,05 euros).

Estos gastos asumidos por TEGASA, disminuidos de los ingresos obtenidos en dicho periodo de tiempo, ascendentes a 4.440.598.511 de pesetas resultantes de la liquidación de los contratos, origina una diferencia de 1.386.860.339 pesetas como resultado de TEGASA por la gestión de los recursos generados por la actividad deportiva del RBB, que como excedentes de tesorería y/o beneficios fueron aplicados a las obras del Estadio y de la ciudad deportiva, entregando al Club a la finalización de sus relaciones derivadas del llamado “*arrendamiento de servicios*” (30-6-99), obras ejecutadas por importe de 1.388.752.522 pesetas. Ello determina que para TEGASA la gestión de los recursos de la actividad deportiva del Real Betis Balompié tuvo un resultado negativo con pérdidas por importe de 1.892.183 pesetas.

Además, TEGASA asumió otros gastos como consecuencia de las cantidades que entregó al Club en concepto de “*anticipos a cuenta*” para gastos corrientes de la actividad deportiva, conforme a la relación de los mismos contenida en la cláusula 4ª de los contratos. Estas cantidades fueron liquidadas entre las partes en el documento de 11 de julio de 2001, por el que el Real Betis Balompié reconoce una deuda por tales anticipos a favor de TEGASA de 1.226.320.855 pesetas, en la que contablemente se subroga ENCADESA para su pago en las sucesivas temporadas.

Resultados negativos de TEGASA informados en el impuesto que grava sus beneficios en el ejercicio 1.999 y ss, cuyas bases imponibles fueron negativas, dado que la misma no tenía ni registraba otros ingresos en su contabilidad que los fondos del Club que administraba, al no desarrollar otra actividad mercantil más que la gestión de los mismos, hasta el punto que las Actas de la AEAT afirmaban que su actividad constituía una “*pura gestión financiera de los fondos del Club*”.

Al finalizar la gestión de TEGASA, cierre de la Temporada 98/99, la contabilidad del Real Betis Balompié SAD registraba unos ingresos totales de

7.034.955.202 pesetas, con fondos propios elevados a 4.577.651.000 pesetas, y derivados de los recursos ordinarios de la actividad deportiva ingresos ascendentes a 4.542.510.000 de pesetas.

Las Cuentas Anuales del Real Betis Balompié describían a los accionistas en el Informe de Gestión, Memoria, Cuenta de Pérdidas y Ganancias e Informe de Auditoría, la realización de los diversos contratos de prestación de servicios con TEGASA, sus modificaciones, los ingresos de explotación; separadamente, los originados por liquidación de los contratos de prestación de servicios y los procedentes de derechos de imagen de los jugadores y técnicos de la plantilla; los créditos del mismo contra TEGASA y las entidades vinculadas a la misma y al Consejero Delegado acusado (FARUSA o INCECOSA), así como deudas de TEGASA con el Club, ya estuvieran pendientes de cobrar o facturar; las inversiones financieras realizadas y sus rendimientos, registrados en las cuentas del Club, informando que su titularidad, por acuerdo del Consejo de Administración, la ostentaban sus miembros.

Asimismo, la totalidad de los activos materiales e inmateriales titularidad del Real Betis Balompié estaban contabilizados en sus Cuentas, su valoración y amortización. Informan de las garantías o gravámenes sobre los mismos, así como los avales prestados por TEGASA y sociedades a ella vinculadas por deudas propias del Club. La pericial contable afirma la inexistencia de asientos duplicados.

Las Cuentas Anuales auditadas fueron aprobadas en las Juntas Generales de Accionistas en todas las temporadas, sin que existieran impugnaciones de los acuerdos adoptados o reclamaciones por impedimento u obstrucción del ejercicio del derecho de información a los accionistas durante la gestión realizada por TEGASA de 1993 a 1999. Tampoco constan ejercitadas acciones de responsabilidad, social o individual, por los accionistas contra el Consejero Delegado procesado u otros miembros del Consejo de Administración, ni contra los

Audidores de las Cuentas del Real Betis Balompié por supuestos de ocultación de operaciones con trascendencia económica para el Club que pudiera desnaturalizar las conclusiones extraídas de los informes de auditoría.

Segundo.- En mayo de 1999, los resultados positivos de las temporadas anteriores y de la corriente, 98/99 (4.542.510.000 pesetas/ 27.301.034,94 euros), evidenciaron el cumplimiento de los objetivos y finalidad de los contratos suscritos entre el Club y TEGASA de posibilitar *“la obtención de unos ingresos mínimos que capaciten y aseguren la subsistencia del mismo en la élite del fútbol, logrando la difícil meta del equilibrio presupuestario”*.

El acusado Manuel Ruiz de Lopera firmaba los citados contratos a partir de 1996 en representación del Real Betis Balompié en su calidad de Consejero Delegado, a pesar de su vinculación personal y patrimonial con TEGASA y FARUSA, y debido a problemas derivados de la inspección de la Agencia Tributaria a las cuentas del RBBSAD y TEGASA, siguiendo la misma forma de actuar anterior, en la que no informaba previamente al citado Consejo de los contratos que suscribía con TEGASA, decidió sustituir a esta sociedad en la gestión de los recursos y fondos del RBB por otra sociedad creada *“ad hoc”* para ello, igualmente controlada y gestionada por él, denominada Encaje del Deporte Sociedad Anónima (ENCADESA), aunque apareciera como de la titularidad de terceras personas, utilizándose a dos sociedades rusas, Europeiski Sport SARL y Sport Internacional SL, que al año siguiente desaparecieron, transmitiendo mediante sendas pólizas intervenidas por Corredor de Comercio de fecha 26 de junio de 2000 sus acciones a FRIGIMUEBLE SA, entidad que ya ostentaba el 99,39 % del capital de TEGASA desde 1997, y cuyos accionistas eran familiares y amigos del citado acusado, que ejercía la administración de hecho de la misma y la dirección de las demás sociedades de su grupo familiar.

Sustitución que no implicó cambios en la gestión del Real Betis Balompié

que anteriormente desarrollaba TEGASA, cuya Administradora María Teresa González Martínez pasó a ocupar la Administración única de ENCADESA; y ésta, igualmente, era dirigida y gestionada de hecho por los mismos acusados Manuel Ruiz de Lopera y Guillermo Molina Pérez.

M^a Teresa González cesó en el citado cargo el 8-10-99, no desempeñando más funciones representativas en la misma, ni en otras sociedades, ni en operaciones relacionadas con el Real Betis Balompié SAD.

Ambos acusados, Sr. Ruiz de Lopera y Sr. Molina, continuaron con la gestión del Real Betis Balompié SAD a través de TEGASA y, fundamentalmente, de ENCADESA, dando cobertura formal a dicha gestión a través de los siguientes documentos y contratos:

- Documento de fecha 18 de mayo de 1.999 entre el Real Betis Balompié y TEGASA de resolución del contrato de prestación de servicios, representando al Club el acusado Manuel Ruiz de Lopera y a la segunda el acusado Guillermo Molina Pérez.

- Documento de fecha 23 de julio de 1.999 entre las mismas sociedades y acusados, por el que el RBB acepta la sucesión de ENCADESA y la firma con esta 3 contratos: uno de derechos de imagen de los futbolistas y técnicos del RBB, y dos de arrendamiento, del estadio y de la ciudad deportiva.

- Contrato de fecha 23 de julio de 1.999 de cesión entre TEGASA, representada por el acusado Guillermo Molina Pérez, y ENCADESA, representada ahora por la misma acusada M^a Teresa González Martínez, por el que se ceden a esta última los dos contratos de arrendamiento (estadio y ciudad deportiva) y uno de prestación de servicios. No contiene cesión de la gestión de derechos de imagen a ENCADESA, como se había acordado en el anterior contrato.

- Contrato de fecha 23 de julio de 1999 de prestación de servicios entre el RBB y ENCADESA, actuando por el Club el acusado Manuel Ruiz de Lopera, y la acusada M^a Teresa González Martínez por la segunda, en calidad de Administradora única.

- Dos contratos de la misma fecha 3 de julio de 1.999 de arrendamiento del Estadio y ciudad deportiva entre el RBB y ENCADESA.

Las Cuentas Anuales del Real Betis Balompié de la Temporada 99/2000, primera de gestión de ENCADESA y de vigencia de los citados contratos, informaban de la resolución de relaciones con TEGASA y de la “sustitución” en la gestión del Club por ENCADESA, tanto en el Informe de Gestión como en las Notas de los Estados Financieros 6, 21 y 28, relacionando esta última los tres contratos suscritos con ENCADESA y sus cláusulas; cuentas que fueron aprobadas por la Junta General de Accionistas del Real Betis, sin impugnaciones, ni invocaciones o reclamaciones de información por los accionistas respecto de la nueva entidad gestora, de sus accionistas, o de los cambios producidos a consecuencia de los contratos suscritos, procediéndose a su publicación en el Registro Mercantil.

Conforme a la nueva situación, TEGASA mantiene de facto la gestión de los derechos de imagen de los jugadores y técnicos del Real Betis Balompié, tras el cese en la gestión el 18-5-99, incumpliendo el acusado Manuel Ruiz de Lopera el acuerdo entre TEGASA y el RBB de 23 de julio de 1.999 de cesión de la negociación de los derechos de imagen sobre jugadores y técnicos a ENCADESA. Cesión que concluye el 1 de julio de 2001, fecha en la que se firma un acuerdo entre TEGASA y ENCADESA por el que se cede definitivamente a la primera “*la negociación y contratación a su cargo de los contratos por derechos de imagen de todos los jugadores y técnicos de la plantilla del Real Betis Balompié*”, como expresaba la cláusula 2^a, con derecho de TEGASA a repercutir los pagos por

derechos de imagen al Club a través de ENCADESA con una comisión del 5% de su importe.

La gestión de los derechos de imagen y la derivada de los derechos de patrocinio de los jugadores han generado unos beneficios a TEGASA de 591.017,41 euros hasta la finalización de relaciones en el año 2008.

- Concesión a ENCADESA de derechos de tanteo y de opción de compra en cesiones o traspasos de derechos federativos del Club, con reducción del 10% del precio convenido, así como participación del 10% en el importe que el club percibiera por ejercicio del derecho de rescisión del art 16.1 del RD 1006/85; derechos concedidos a ENCADESA que se anularon en Acuerdo de 6 de septiembre de 2005 (cláusula 1ª), sin que conste que ENCADESA ejercitara dichos derechos.

Como en la etapa anterior, ENCADESA afrontaba los pagos y gastos propios del Club de todo orden, al cederle el mismo sus derechos y servicios, así como sus instalaciones para su gestión, a cambio de asumir y obligarse frente al Real Betis Balompié al pago de una cantidad fija de 1.750 millones de pesetas, más el 40 % del resto de ingresos brutos, y otras retribuciones en especie para ropa y accesorios de todos los equipos y sus gastos de viajes, comprometiéndose a pagos anticipados para gastos corrientes, así como cualesquiera "*otros gastos necesarios para el ejercicio de la actividad deportiva*", limitando los referentes a la Hacienda Pública a los impuestos por IRPF e IVA (Cláusula 4ª). Del mismo modo, mantenía la obligación de prestación de avales necesarios al Club, con subrogación en parte de los suscritos por TEGASA y con suscripción de nuevas garantías con la entidad La Caixa, que el 4 de noviembre de 2008 certifica que ENCADESA, el acusado Manuel Ruiz de Lopera y las sociedades de su grupo familiar, FRIGIMUEBLE SA, FARUSA e INCECOSA, "*son responsables solidarios, actuando como titulares o avalistas, de las obligaciones derivadas de las operaciones adjuntas de las que son titulares el*

Real Betis Balompié SAD o Patrimonial Real Betis, por un total de 39.012.000 euros”.

Contrato que con escasas modificaciones estuvo vigente hasta la Temporada 2003/2004, que es sustituido por el de 4 de julio de 2003 con casi idéntico contenido, firmado en representación de ENCADESA por la acusada María Mercedes Ferraro de Mora, mayor de edad, sin antecedentes penales, administradora única de dicha entidad tras su nombramiento por el acusado Manuel Ruiz de Lopera el 8 de octubre de 1.999, por su relación personal y de confianza, así como patrimonial por ser accionista mayoritaria de FRIGIMUEBLE SA. El contrato contiene tres modificaciones respecto al anterior:

1. ENCADESA se obliga ahora a pagar al Real Betis en función de ingresos netos el 91,5% de los beneficios de explotación, tras la gestión de los gastos y pagos que asume conforme a contrato, con entrega de cantidades anticipadas para cubrir las necesidades de tesorería y gastos corrientes indispensables para que el club pueda competir, sin descender de categoría por motivos económicos, en la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

2. Liquidación anual del contrato, tras formulación de las Cuentas Anuales del Real Betis Balompié y pago por ENCADESA mediante pagarés con vencimiento no superior a un año desde su entrega, desapareciendo la anterior cláusula de liquidación al término de la relación contractual por la que el RBB no podía exigir liquidación parcial ni anticipada.

3. Desaparecen retribuciones en especie y pagos por impuestos IRPF e IVA, y aparecen otras obligaciones de ENCADESA por gastos de personal del Estadio y ciudad deportiva, y los de todo el personal técnico, jugadores o empleados de todos los equipos del Club que éste no hubiera abonado a fin de mes.

Los documentos de liquidación del canon establecido en los contratos de prestación de servicios por ENCADESA al Real Betis Balompié fueron firmados en las Temporadas 99/2000 a 2005/06 por su Administradora única, la acusada Mercedes Ferraro de Mora, hasta su cese el 6 de abril de 2006, siendo sustituida por Enrique García Rodríguez, quien ocupó el cargo hasta la finalización de relaciones con el Real Betis Balompié, suscribiendo los documentos de resolución y liquidación de relaciones entre ambas sociedades, conforme a instrucciones del Auditor de cuentas de ENCADESA y del acusado Manuel Ruiz de Lopera, sin que conste acreditado acuerdo o consenso con el mismo para facilitar desvío de fondos al citado acusado o a las sociedades de su grupo familiar.

Los contratos suscritos con ENCADESA figuran informados en las Cuentas Anuales del Real Betis Balompié. En la correspondiente a la Temporada 2003/2004, el Punto 14 de la Memoria y la Nota 29 del Informe de Auditoría relacionan el contrato de 4 de julio de 2003 y su clausulado, con indicación de las cantidades a liquidar al Club, con cuantificación de los ingresos derivados del mismo y de la totalidad de los recursos obtenidos por el Club. Asimismo, informan de las importantes deudas con la Hacienda Pública en cada temporada, con datos sobre las cantidades adeudadas y los recursos administrativos y contenciosos en tramitación, incluso en casación, y de las garantías y avales prestados a favor de la acreedora, con información a los accionistas de la hipoteca unilateral sobre el Estadio en garantía del pago a la Hacienda Pública estatal por deuda fiscal de 15.721.680 euros.

Las Cuentas Anuales del Real Betis Balompié SAD informaban en todas las temporadas de la gestión de ENCADESA, tanto en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias como en el Informe sobre Estados Financieros, que registraba las deudas de ENCADESA con el Club derivadas de los contratos, figurando entre los acreedores a corto y largo plazo, así como de las cantidades debidas al Club pendientes de facturar, proporcionando a los accionistas que debían fiscalizarlas

en Junta General información precisa de los retrasos en las obligaciones de pago al Club por ENCADESA. Así, la Nota 7 de la Memoria de las Cuentas Anuales del RBB de la Temporada 2001/2002 contenía un saldo acreedor del Club frente a ENCADESA a largo plazo de 17.635.470,72 euros, y la Nota 10 concretaba y cuantificaba la deuda al Club por contrato de prestación de servicios en 4.001.434,49 euros y por contratos con jugadores en 2.204.433,96 euros.

En la Temporada 2002/2003, la deuda a largo plazo de ENCADESA con el Club se cuantificaba en 16.019.280,30 euros, conforme a la Nota 10 de la Memoria. En la Temporada 2003/2004, la Nota 7 registraba el mismo importe de 16.019.280,30 euros, además de informar que 5.341.862,63 euros eran exigibles a corto plazo. En la Temporada 2004/2005, la Nota 6 contenía un crédito de Club frente a ENCADESA a largo plazo de 11.066.710,55 euros, y a corto plazo de 7.555.204,17 euros.

De la misma forma, las Cuentas Anuales de la Temporada 2005/2006 informaban en la Nota 10 de una deuda a largo plazo de ENCADESA con el Club ascendente a 9.486.701,79 euros, y a corto plazo de 10.085.213,47 euros, y que a 30 de agosto de 2006 ENCADESA ya había realizado transferencias al Club de estas deudas por importe de 15.306.740,28 euros.

En la Temporada siguiente, 2006/2007, la Nota 8 de la Memoria contabilizaba los créditos del Club frente a ENCADESA a largo plazo en 7.115.026,37 euros, y los exigibles a corto plazo en 3.292.720,28 euros.

Las Cuentas Anuales fueron aprobadas en Junta General en todos los ejercicios económicos de gestión del Club por ENCADESA, constando un sólo supuesto de reclamación ante los Tribunales del ejercicio del derecho de información por los accionistas, previo a la Junta General celebrada en diciembre del año 2007, que fue desestimado por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de

Sevilla en Sentencia de 30 de diciembre de 2010, que afirmó que *“la solicitud de información no obedecía a una verdadera y real necesidad, al ser conocida de antemano por los accionistas demandantes”*, a los que impuso el pago de las costas por haber actuado de mala fe, *“...reconociendo la validez de la Junta General de accionistas celebrada el día 20 de diciembre de 2007 y de todos los acuerdos adoptados en la misma”*.

La gestión de los recursos de la actividad deportiva realizada por ENCADESA originó en las temporadas 99/2000 a 2007/2008 unos ingresos para el RBB ascendentes a 269.424.614,75 euros, liquidando al Club, conforme al canon establecido para cada temporada en los contratos, un total de 181.553.568,70 euros y constituyendo la diferencia de estas cantidades, 87.871.046,05 euros, los ingresos de ENCADESA, con los que conforme a los contratos suscritos con el RBB afrontó pagos por retribución en especie por importe de 4.954.4956,65 euros, además de otros gastos ascendentes a 71.594.027,99 euros cuantificados por la pericial judicial necesarios para la gestión de la actividad deportiva del Club a la que se había obligado.

De forma que la diferencia de las citadas cantidades, con mínimas correcciones en Informe pericial de 12 de diciembre de 2013, asciende a 11.322.795,77 euros, que constituyen los resultados de ENCADESA derivados de la gestión de los recursos del RBB.

Sin embargo, se afrontaron por ENCADESA otros pagos, no computados en la pericial, que resultan de las Actas incoadas por la Inspección de Tributos, tanto al Real Betis Balompié como a ENCADESA, por el impuesto de sociedades en las Temporadas 1999/2000 a 2007/2008, que provocaron la realización por ENCADESA de mayores gastos que los cuantificados por la pericial, con pagos aplicados a la actividad deportiva propia del Real Betis Balompié, que fueron deducidos por la Inspección en el ejercicio fiscal correspondiente. Dichos gastos

resultan de las siguientes cuentas contables de ENCADESA:

1. Cuenta 62980, "servicios diversos" en todas las temporadas por importe de 254.567,99 euros.
2. Cuenta 6270, gastos de publicidad y relaciones públicas en las temporadas 99/00, 01/02, 02/03 y 07/08 por un total de 13.456,36 euros.
3. Cuenta 62600, gastos de servicios bancarios en todas las temporadas ascendentes a 138.610,92 euros.
4. Cuenta 62950, denominada "otros gastos" en todas las temporadas por un total de 48.010,21 euros.
5. Cuenta 6790, gastos por ejercicios anteriores en temporada 07/08 por 824.010,46 euros.

Mayores gastos, los anteriores, afrontados por ENCADESA en beneficio de la actividad deportiva del Real Betis Balompié ascendentes a 1.278.655,94 euros, en cuyo importe habría que reducir la cantidad anteriormente relacionada de 11.322.795,77 euros, originando un resultado por explotación del contrato en estas temporadas para ENCADESA ascendente a 10.044.139,83 euros.

No obstante lo anterior, conforme al Acuerdo de 10 de julio de 2003 entre ENCADESA y el Real Betis Balompié, representada la primera por la acusada Mercedes Ferraro de Mora y el segundo por el acusado Manuel Ruiz de Lopera, ENCADESA se comprometía a devolver al Club hasta un 90% de los beneficios a la finalización de sus relaciones, lo que originó que con fecha 30 de junio de 2007 se firmaran dos documentos, uno por ENCADESA y otro por TEGASA, reconociendo una liquidación en favor del Real Betis Balompié correspondiente a

los ingresos de ENCADESA en las temporadas 2003/2004 a 2006/2007 ascendente a 7.426.921,16 euros, que fueron efectivamente pagados por la misma y registrados en la anotaciones contables del Club como ingresos extraordinarios. Por todo ello, el resultado a favor de ENCADESA ascendía a 2.603.195,59 euros.

Este importe, sin embargo, ha de ser disminuido en la cantidad de 1.671.188,14 euros conforme al documento de 21 de agosto de 2007 de “*regularización de las liquidaciones efectuadas en cumplimiento de los contratos suscritos*”, realizado a petición del acusado Manuel Ruiz de Lopera por el Auditor de las entidades ENCADESA y TEGASA, con la finalidad de liquidar al Real Betis Balompié las cantidades destinadas por las mismas a pagos ajenos a la actividad deportiva. Esta cantidad (1.671.188,14 euros) comprende los siguientes conceptos:

- 603.926,17 euros como resultado contable o beneficios de ENCADESA y TEGASA en las temporadas 2002/2003 a 2006/2007.
- 311.999,99 euros de gastos de TEGASA en el 2004 por derechos de imagen no imputables a jugadores ni técnicos del RBB, correspondiente al importe de 480.000 euros de derechos de imagen del acusado Manuel Ruiz de Lopera en la temporada 2004/2005 (netos de impuestos, con retención por IRPF de 168.000 euros abonada por TEGASA).
- 597.359,53 euros por las pérdidas de ENCADESA como consecuencia de la actividad de alquiler de inmuebles.
- 157.902,88 euros en concepto de retribuciones de los administradores de TEGASA-ENCADESA.

Liquidados y abonados estos importes al RBB, y reducidos del resultado favorable antes señalado, se origina un resultando de 932.007,45 euros.

No obstante, para llegar a la cifra de beneficios netos reales de ENCADESA por la gestión que realizaba, hay que tener en cuenta gastos conforme a contratos afrontados por la misma en beneficio del Club que la pericial judicial no ha contemplado y que se concretan en:

- Pagos de Hacienda por IRPF e IVA del Real Betis Balompié en las Temporadas 1999/2000 a 2002/2003 (contrato de 23-7-99).

- Gastos de personal que el Club no hubiera satisfecho a la finalización de cada temporada (a fin de evitar descenso de categoría).

- Gastos de personal relacionados con el Estadio y la ciudad deportiva que ENCADESA tenía arrendado y que mantiene tras la resolución de los arrendamientos, conforme a la cláusula 6ª del documento de 25-2-2005 de resolución, por la que "*seguirá encargándose con su personal del mantenimiento y conservación del Estadio y de la Ciudad Deportivapara asegurarse del buen estado de las instalaciones ...*".

- Gastos de personal de ENCADESA cuantificados por la pericial judicial en 3.339.788,32 euros (Temporadas 99/00 a 07/08), que no los computa entre los gastos realizados en beneficio de la actividad deportiva del Real Betis Balompié sin informar de otros destinos de la misma o de su desvío por ENCADESA a pagos no autorizados conforme a los contratos, pero sí reconocida como real y cierta su aplicación a los gastos de la actividad empresarial que ENCADESA desarrollaba de gestión de los recursos del Real Betis Balompié, y consta reconocida en las comprobaciones de la Inspección Tributaria en todos los ejercicios económicos fiscalizados para liquidación del Impuesto de sociedades, que procedió a deducirla entre los gastos de la misma. Idéntica aplicación conforme a la pericial Judicial en gastos de personal por importe de 718.465,08 euros realizó durante estos años

TEGASA en la gestión de los derechos de imagen de futbolistas del RBB. Ambas cantidades representaban gastos de la actividad deportiva del Club aplicados a la ejecución del contrato, por lo que han de ser disminuidas del resultado final de ENCADESA ya referido de 932.007,45 euros, llegando a tener un resultado negativo (-2.407.780,87 euros ENCADESA y 127.447,67 euros TEGASA) de no haber obtenido por su remuneración y la gestión de los recursos económicos del RBBSAD, durante la vigencia de los contratos, 4.823.725,55 euros de réditos financieros, parte de los cuales fueron debidos al incumplimiento puntual de las liquidaciones periódicas o anuales a que se había obligado con el RBB, sin que su cuantía se haya podido determinar.

La liquidación efectuada por las citadas sociedades con el RBBSAD fue aceptada por esta entidad, que no reclama cantidad alguna a los acusados, habiendo renunciado a las acciones civiles y penales en escrito de fecha 27-7-17, ratificado en el juicio oral, por haber llegado a un acuerdo transaccional para dirimir todas las cuestiones litigiosas mantenidas con el acusado Manuel Ruiz de Lopera Avalos.

Tercero.- Por sentencia de conformidad dictada en el Juzgado de lo Penal nº 10 de esta ciudad, de fecha 14 de diciembre de 2005, se condenó a Manuel Ruiz de Lopera Avalos como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública a la pena, por cada uno, de 7 meses y 15 días de prisión, que se sustituía por quince meses de multa con cuota diaria de 80 euros y multa de 101.859.056 pesetas por uno de los delitos, y 211.013.684 pesetas por el otro, así como al pago de las costas. Multas que fueron satisfechas por el penado sin repercutirlas a las arcas del Club.

Dicha sentencia recogió la relación existente entre RBBSAD y TEGASA y señaló que el contrato de arrendamiento y prestación de servicios había servido para reducir indebidamente el pago a la Hacienda Pública Española del impuesto de sociedades que el referido Club debía realizar como consecuencia de su

actividad económica; señalando también que por el citado contrato el RBBSAD cedía la explotación de su actividad a TEGASA a cambio de una suma económica, con lo que aseguraba la viabilidad del Club, preservándole de los inciertos resultados económicos que pudiese obtener de su actividad deportiva.

Con los citados contratos se conseguía modificar las bases en las relaciones tributarias entre estas sociedades con la Hacienda Pública, ya que TEGASA hacía suyos la mayoría de los resultados económicos del RBBSAD, imputándose éste solo ingresos provenientes del pago del arrendamiento.

En dicha resolución se señalaban una serie de operaciones no incluidas en la declaración del impuesto en sede administrativa y se acordaba:

1.- Incluir como ajuste positivo 42.562.500 pesetas (273.977 euros), provenientes de la amortización que efectúa TEGASA en su declaración del jugador Albert Nadj, que no realizó en realidad.

2.- Incluir como ajuste positivo, en el ejercicio 1996/1997, la cantidad de 240.038.500 pesetas (1.143.406 euros), y 42.562.000 de pesetas (255.802 euros) en el ejercicio 1997/1998, derivados de la declaración efectuada por TEGASA como gasto de dicha suma; gasto que se concretaba en pagos realizados por una presunta opción de compra de jugadores al Club de Fútbol CSK de Moscú, cuando en realidad no se había efectuado.

3.- Incluir como ajuste positivo la cantidad de 50.000.000 de pesetas (300.661 euros) en el ejercicio 1996/1997 y otros 50.000.000 de pesetas (300.661 euros) en el ejercicio 1997/1998, que TEGASA había incluido en su declaración como correspondiente a un pago no efectuado a la Cía de Servicios Europeiski Sport.

Apuntes que posteriormente fueron regularizados.

Estas operaciones, junto a otras, determinaron la apreciación de una cuota tributaria defraudada en el impuesto de sucesiones del RBBSAD, integradora de los delitos por los que fue condenado Manuel Ruiz de Lopera Avalos en la predicha sentencia penal, habiéndose abonado por el RBBSAD, con anterioridad al juicio (mayo de 2005), las cantidades reclamadas por el importe de las cuotas no satisfechas que ascendían a 116.410.350 pesetas (706.000 euros) en el ejercicio 1996/97, y 241.158.496 pesetas (1.450.141 euros) en el ejercicio 1997/98, así como abonó la suma que TEGASA había adelantado en el Juzgado con la finalidad, según el propio tenor de dicha resolución judicial, “*de pago de la responsabilidad civil derivada de este escrito, del Real Betis Balompié S.A,D.*”. Dichas cantidades ascendían a 1.038.148 pesetas (6.242 euros) y 81.297.157 pesetas (488.613 euros) más sus intereses.

Cuarto.- En la temporada 97/98, el jugador Roberto Ríos rescindió unilateralmente su contrato, abonando al efecto el Club Atlético de Bilbao en julio y septiembre de 1997 la suma total de 2.000.000.000 de pesetas fijado como indemnización para tal caso, en aplicación del art. 16.1 párrafo segundo del Real Decreto 1006/85 -la llamada cláusula de rescisión-. Como consecuencia de dicho abono, de acuerdo con lo estipulado en el anexo al contrato de 1 de julio de 1.996 entre RBBSAD y TEGASA, ésta última sociedad recibió el 10% acordado (200.000.000 pesetas), lo que se reflejó en la CCAA del RBB correspondientes al ejercicio 97/98.

Quinto.- El 7 de abril de 1995, como un supuesto de lo que hemos denominado “contrafacturas”, se produce el endoso a TEGASA de los pagarés recibidos por el RBBSAD de FARUSA, que habían sido entregados por ésta para la adquisición de acciones de dicha SAD por importe de 206.626,424 pesetas; cantidad que fue contabilizada por TEGASA como ingreso del RBB y formó parte de

la liquidación anual que debió realizar aquella, conforme al contenido de los contratos que vinculaban a ambas sociedades.

Sexto.- el 6 de julio de 2010, FARUSA, representada por la acusada Ana maría Ruiz Peña, vendió las acciones que poseía, que representaban el 51% del capital accionario del RBBSAD, a la entidad BITTON SPORT SL., cuyo administrador de hecho era Luis Oliver Albesa, sin que conste que dicha negociación haya determinado, por causa atribuible al acusado Sr. Ruiz de Lopera, perjuicios al Club, a sus socios, accionistas, depositantes o cuenta partícipes. Ni el Club, ni los accionistas han denunciado, informado o cuantificado perjuicios, habiéndose llegado, finalmente, a un acuerdo económico sobre el destino de dichos títulos que ha determinado que RBB haya renunciado a las acciones civiles y penales que pudieran derivarse de este procedimiento, como también lo han hecho las Asociaciones “Por Nuestro Betis” y “Liga de Juristas Béticos”, que ejercitaban la acusación particular junto con la Asociación “Béticos por el Villamarín”, manteniendo esta última su posición acusadora.

Séptimo.- La presente causa fue incoada por Auto de 19-3-2008 y concluida el 24 de noviembre del 2017. La pericial judicial tardó más de 5 años en emitirse, desde octubre de 2008 hasta el 12-12-2013 en que se emitió el último dictamen pericial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debemos iniciar nuestra valoración ratificándonos en nuestro auto de fecha 1 de junio de 2017, en el que dábamos respuesta a las cuestiones previas planteadas por las partes al inicio del juicio, al haber mantenido las defensas en conclusiones definitivas su posición impugnatoria. Auto que, parcialmente, en lo que se puede ver afectado por las alegaciones de las defensas, reproducimos al entender que sus razonamientos deben integrar la presente sentencia, ya que

puede ser objeto de un eventual recurso de casación

Así, señalábamos que:

“Primero.- Este Tribunal ha aceptado el planteamiento de cuestiones previas y la proposición de prueba al inicio del juicio oral, no obstante no estar previsto dicho trámite en el procedimiento ordinario, a diferencia de lo que sucede en el abreviado, en el que, conforme el art. 786.2 de la L.E.Cr., *“a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto”*, siguiendo una línea jurisprudencial que viene admitiéndolo (STS 94/2007 de 14 de febrero y 912/2016 de 1 de diciembre, entre otras) con base a las siguientes razones:

a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y, en definitiva, un incremento de las garantías no pueda extenderse al procedimiento por Sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECrm. con fecha de 14 de Septiembre de 1882.

b) Porque precisamente el mandato constitucional, contenido en el art. 120-3º, de que el procedimiento -sobre todo en material criminal- sea predominante oral tiene una mayor realización y amplitud en la audiencia preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la audiencia preliminar al procedimiento ordinario Sumario, que la práctica judicial ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala, como lo acreditan, entre

otras, las SSTs de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98, de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimiento de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la audiencia preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto se pueda proponer nueva prueba”.

En este caso, la proposición de nuevas pruebas al inicio del juicio, y con un amplio margen para su examen y conocimiento antes del inicio de las declaraciones de los acusados, como señala la sentencia del TS de 29 de septiembre de 1.998, “aún permite a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos etc...e incluso proponer otras que las desvirtúen”.

A este respecto, la STS 1060/2006 de 11 de octubre, viene a modular la posibilidad de admisión de prueba, diciendo que “hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.*
- b) No suponga un fraude procesal y*
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión”.*

Conforme a estos parámetros, debemos admitir la prueba testifical de D. Arturo López Cubero, la pericial contable aportada en el acto del plenario, practicada por de D. Julio Cesar Calvo Malvar, y la documental propuesta por la defensa de Manuel Ruiz de Lopera Avalos, salvo las facturas de gastos soportados por TEGASA y ENCADESA considerados por los peritos judiciales como realizados

en beneficio propio de estas sociedades y, en definitiva, en beneficio de Manuel Ruiz de Lopera, por las razones que se dirán. Igualmente, se admite la prueba documental propuesta por la defensa de Biton Sport S.L....

Se admite la prueba pericial propuesta por la defensa del Sr. Ruiz de Lopera, por la importancia que tiene en casos como el que es objeto de este proceso, por lo que resulta justificada la práctica de prueba contradictoria en garantía de su derecho de defensa, aceptándose en este momento procesal, ya que permite respetar los derechos de las demás partes, pues dicha prueba se realizará, previsiblemente, dentro de varios meses, lo que posibilitará que puedan ilustrarse de su contenido y ejercer sus derechos con todas las garantías.

Dicho perito deberá ser presentado por la defensa del Sr. Ruiz de Lopera el día que se señale para practicar la prueba pericial, y podrá informar conjuntamente con los peritos judiciales, a quienes, como interesa la representación del Real Betis Balompié SAD, se les dará vista del dictamen aportado, a fin de que puedan conocer su contenido a fin de someterlo a contradicción en el acto del plenario, en garantía del principio de igualdad de armas...

Segundo.- Entrando ya en el examen de las cuestiones previas planteadas por las defensas, nos referiremos en primer lugar a la legitimación procesal de la "Asociación Béticos por el Villamarín", "Asociación por Nuestro Betis" y de la "Asociación Liga de Juristas Béticos", como acusadoras particulares en la presente causa, que fueron resueltos por sendos autos de la Sección 1ª de ésta Audiencia Provincial de fecha 6 de febrero de 2009.

Para la resolución de la cuestión planteada debemos recordar que es doctrina constante del Tribunal Constitucional que, "el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y

poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/84, 34/94, 40/94 entre otras). En concreto, puede aceptarse que entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE, según el cual: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

Dos son las formas de personación en el proceso penal como acusación privada: ejercitando la acción penal derivada del delito antes indicada (popular), que corresponde a todo ciudadano español con arreglo a las prescripciones legales (art. 101 de la L.E.Cr.), o como acusación particular, que corresponde a aquella parte que ostenta la condición de ofendido o perjudicado por los hechos objeto de investigación judicial.

La doctrina entiende por “ofendido” la persona que sufre directamente el mal causado por el delito, sea o no perjudicado, y por “perjudicado” la persona que sufre las consecuencias dañosas del hecho delictivo, económicamente evaluables, ya sean patrimoniales o morales. En delitos patrimoniales, ambos conceptos son prácticamente coincidentes.

En el presente caso, a las asociaciones cuestionadas les fue admitida la personación como acusaciones particulares, señalando el auto de la Sección Primera de esta Audiencia Provincial de 6 de febrero de 2009, que rechazaba el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de la Magistrada instructora admitiendo las querellas por ellas presentadas, que “el recurrente no cuestiona que los socios tienen legitimación propia como agraviados de un delito societario, como el aquí investigado. Lo que cuestiona es que tengan dicha legitimación las asociaciones cuya personación ha sido admitida por las resoluciones recurridas en reforma. Las

asociaciones "Béticos por el Villamarín", "Por Nuestro Betis" y la "Liga de Juristas Béticos" están integradas por accionistas, representando las dos primeras más del 10% del capital social del Real Betis Balompié SAD., por lo que el debate estriba en determinar si además de los socios a título individual están también legitimadas las citadas asociaciones, integradas por accionistas".

Legitimación que debemos hacer extensiva a los delitos patrimoniales por los que se sigue este procedimiento, pues no cabe duda que afectan a los intereses económicos y sociales de los accionistas, cuya personación a través de las asociaciones antes citadas estimamos correcta como se desprende de las sentencias señaladas en la citada resolución y en otras resoluciones, como sería el auto apuntado por la representación de la "Asociación Liga de Juristas Béticos" de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander de 25 de noviembre de 2015, en el que se estimó la personación como acusación particular de Asociación Unificada de Pequeños accionistas del Real Racing Club de Santander (A.U.P.A.), en el justifica su decisión diciendo que "como señala la Jurisprudencia del TS, (por todas Sentencia 316/2013 de 17 Abr. 2013, Rec.452/2012) por regla general el ofendido por el delito, es decir, el sujeto pasivo del mismo, es aquél en cuya persona recaen directa y materialmente los efectos de la acción realizada, y por ello será quien soporte las consecuencias desfavorables del hecho punible en el orden patrimonial, y por tanto será también el perjudicado por el delito. En cualquier caso, tanto los ofendidos como los perjudicados directa y personalmente por la acción material del delito, como en su caso, los no ofendidos pero sí perjudicados por el hecho punible, son las personas a las que se refiere el art. 110 LECRIM, y quienes pueden constituirse como parte como Acusación Particular y actuar así y en esta condición en el proceso.

Dicho lo anterior, es evidente que el comportamiento del Administrador de una sociedad que de cualquier modo ejerciera sus funciones con abuso de las mismas de forma que causare un perjuicio a la Sociedad, no sólo se lo está irrogando a ésta

sino también a los socios que la integran quienes, sin duda, son también patrimonialmente perjudicados por el comportamiento delictivo de aquel. Es más, es el propio tipo penal el que señala como perjudicado económicamente a los socios de la sociedad”.

Posibilidad de personación en nombre de los intereses de los accionistas a los que representan que tiene su respaldo legal en los arts. 7.3 de la L.O.P.J., 113 de la L.E.Cr., y 7 y 11 de la L.E.C.; máxime cuando en los estatutos de las citadas asociaciones se establece como objeto de su constitución la defensa de los intereses de los accionistas, por lo que, igualmente, estarían legitimadas para el ejercicio de la acción civil derivada de los delitos patrimoniales y societarios por ellos perseguidos.

Por otra parte, la decisión que adoptamos tiene su fundamento en el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, que determina que este Tribunal deba mantener lo anteriormente resuelto teniendo a las asociaciones como perjudicadas y, por tanto, como acusaciones particulares. De no aceptarlo así se causaría una clara indefensión a los accionistas individuales, que podrían haber ejercitado su acción a título particular o mediante una representación conjunta, como señala el art. 113 de la L.E.Cr., en el caso de que les hubiera sido denegada la posibilidad de actuar como perjudicados a través de las asociaciones.

En este sentido, por su claridad, traemos a colación la sentencia del STS 17 de Septiembre de 2013, según la cual “uno de los principios esenciales del proceso, ínsito en la garantía del artículo 24 de la Constitución, es la intangibilidad de las decisiones contra las que no cabe recurso. Esa condición concurría en la decisión de la Sección de la Audiencia que aceptó la decisión de remisión del Juzgado de lo Penal. Por ello, cuando la sección Tercera de aquella dicta la decisión ahora recurrida, está vulnerando frontalmente de manera evidente dicha garantía. La diversidad de sección, acorde a normas de reparto que no nos son conocidas, llevaron a la Sección tercera a atribuirse unas competencias de revisión de la previa

decisión de la otra sección que, ni le correspondían, ni pueden ser comprendidas por el ciudadano, que ve como el mismo Tribunal dicta resoluciones contradictorias.

Esa decisión, ahora recurrida ante nosotros, vulnera un derecho fundamental. La modificación de resoluciones firmes afecta a la seguridad jurídica y también al derecho a la tutela judicial. Así lo recordamos recientemente en la exposición hecha en la Sentencia de esta Sala de 4 de julio pasado, nº 668 de 2013, y deriva de la muy precisa doctrina que expone la STC 114/2012 de 24 de mayo, cuando dice: Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5 ; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3 ; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4 ; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2 ; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4 ; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2 ; y 62/2010, de 18 de octubre , FJ 4.

Y añade: En definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda

afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos”.

De otro lado, abundando en el razonamiento apuntado, a la hora de valorar la concurrencia de óbices procesales a la legitimación de las asociaciones es importante ponderar el escenario existente en el momento en que grupos de pequeños accionistas, constituidos en asociación, denunciaron los hechos para, después, con la instrucción incipiente, personarse en este proceso y formular sendas querellas por esos hechos. Se dirá ahora, como se dice, que estando el Real Betis Balompié SAD ejercitando la acusación particular en su condición de perjudicado carecerían de legitimación unas asociaciones integradas, en parte, por pequeños accionistas que no habrían accionado a título individual. Sin embargo, a tenor del contenido de los escritos de acusación en la delimitación del objeto de este juicio, a nadie escapa que es cuestión nuclear sometida a esta Sala el posible carácter delictivo de unos contratos instrumentales que, a los solos efectos de resolver la cuestión que hoy nos trae, obstaculizaban en aquel momento una nítida diferenciación entre la sociedad anónima deportiva y las propias sociedades dominadas por el Sr. Lopera e impedían, de hecho, que la propia sociedad accionara en defensa de sus intereses, de manera que la conducta activa de estas asociaciones, integradas por quienes eran accionistas perjudicados por la gestión de la sociedad, habría resultado esencial para el devenir de este proceso. En ese escenario, y al abrigo del principio “pro actione”, cobra fuerza una valoración de los requisitos de legitimación como la realizada en detrimento de la interpretación rigorista que proponen las defensas.

Por todo ello, debemos mantener la consideración de las asociaciones querellantes como acusadoras particulares.

Tercero.- Igualmente debemos rechazar la segunda cuestión planteada por las

defensas, relativa a la nulidad de la prueba pericial por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), vulneración real y efectiva del derecho de defensa (art. 24.1 de la CE), en relación con los principios de contradicción e igualdad de armas, y derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, y vulneración del principio de legalidad penal (art. 9.3 y 25. 1 de la CE y art. 1 de la L.E.Cr.) en relación con las normas que regulan el nombramiento de peritos y desarrollo de la prueba pericial practicada como diligencia de instrucción. Impugnación que recae sobre causas que afectan a la persona del perito D. Francisco Velasco Cano, sobre motivos que afectan al procedimiento y sobre el propio contenido de la prueba.

Dicha desestimación tiene su sustento, en primer lugar, en el principio antes indicado de intangibilidad de las resoluciones judiciales, pues sobre la recusación del perito antes nombrado, y su capacidad para realizar el informe pericial junto con la también perito D^a Julia Contreras Valle, ya se pronunció la Sección Primera de esta AP. en auto de fecha 6 de febrero de 2009, cuyos razonamientos este Tribunal asume y da por reproducidos, en atención a lo dispuesto en el art. 467 de la L.E.Cr., según el cual, “si el reconocimiento e informe periciales pudieren tener lugar de nuevo en el juicio oral, los peritos nombrados no podrán ser recusados por las partes”. Como señala dicha resolución, en el presente caso el informe pericial unido a la causa puede ser nuevamente examinado en el acto de juicio oral, por cuanto los documentos sobre los que versa están unidos al procedimiento y pueden ser nuevamente examinados en el plenario y sometidas sus conclusiones a contradicción por las partes, con independencia de la extensión y prolongación en el tiempo de dicha prueba.

Por otra parte, no existe norma en el procedimiento penal respecto a la forma de nombramiento de los peritos, habiendo sido designados como tales los Inspectores de Hacienda propuestos por la AEAT para apoyo jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 473 de la L.O.P.J., según el cual, “podrán

prestar servicios en la Administración de Justicia funcionarios de otras Administraciones que, con carácter ocasional o permanente, sean necesarios para auxiliarla en el desarrollo de actividades concretas que no sean las propias de los cuerpos de funcionarios a que se refiere este libro y que requieran conocimientos técnicos o especializados”. Técnicos que han elaborado un informe que no puede tener otra consideración más que de diligencia pericial y cuyo nombramiento, que era de exclusiva competencia del Juez de Instrucción (art. 458 ss LECr.), tuvo lugar en providencia de fecha 25 de julio de 2008 que no fue recurrida, por lo que la impugnación que ahora se realiza a la forma de designación de dichos profesionales resulta extemporánea.

Nos encontramos, pues, ante una recusación rechazable por imperativo legal (art. 467 L.E.Cr.), que sólo era admisible en fase de investigación en el caso de practicarse una prueba preconstituida, que no es el supuesto examinado, y dicha petición no fue reproducida en la fase intermedia o de preparación del juicio oral a tenor de lo dispuesto en los art. 662 y ss de la L.E.Cr. Además, no sería aceptable la recusación cuando son las defensas (a excepción de la representación de Luis Oliver Albesa) quienes proponen a los citados Inspectores como peritos para el acto de juicio oral, cuya capacidad e idoneidad para la función que le ha sido encomendada es estimada, a priori, y sin perjuicio, claro está, de la postrera valoración de la prueba pericial en el plenario por este Tribunal, que tiene amplia experiencia en procedimientos complejos como el que ahora examinamos y ha podido comprobar la competencia y buen hacer de profesionales de cualificación similar a los cuestionados por las defensas.

Efectivamente, el art. 662 de la L.E.Cr, dispone que la recusación de los peritos deberá efectuarse “dentro de los tres días siguientes al de la entrega al recurrente de la lista que contenga el nombre del recusado”. Se trata de un plazo preclusivo pues el art. 663 establece tajantemente que «el perito que no fuera recusado en el término fijado en el artículo anterior no podrá serlo después, a no ser

que incurriera con posterioridad en alguna de las causas de recusación». Obviamente, las defensas no han atemperado su pretensión a las exigencias de la norma procesal, al introducir la recusación de los peritos al inicio del juicio oral.

Además, como señala la sentencia del TC 190/2006, de 19 de junio, “en lo que se refiere a la imparcialidad de los peritos, cuestionada también por la solicitante de amparo, es una exigencia que, si bien está vinculada a la necesidad de que se garantice que la prueba pericial responda exclusivamente a los especiales conocimientos técnicos de su autor, sin embargo está condicionada por el hecho de que los peritos actúan únicamente aportando un eventual elemento probatorio que, por un lado, está sometido en su práctica a las exigencias de la inmediación y contradicción, y, por otro, no tiene carácter tasado, debiendo ser valorado con el conjunto de medios probatorios por parte del órgano judicial. En ese sentido la eventual parcialidad de los peritos por su relación objetiva o subjetiva con el procedimiento sólo adquiere relevancia constitucional en los supuestos en que dicha pericial asuma las características de prueba preconstituida, y no cuando pueda reproducirse en la vista oral, ya que, en este último caso, el órgano judicial, con la superior garantía que implica la inmediación y la posibilidad de contradicción, podrá valorar todas las circunstancias del desarrollo de la misma y sopesar, en su caso, la influencia que en el desarrollo de la prueba pudiera tener un eventual interés del perito con el hecho y con las partes. Ello es lo que justifica, en última instancia, que el art. 467 LECrim limite las posibilidades de recusación de peritos nombrados judicialmente a los casos en que la pericial no pudiera reproducirse en el juicio oral”.

El hecho de que los peritos hayan podido intervenir, extramuros de un proceso penal -otra cosa no se ha acreditado-, en otros actos de inspección tributaria contra alguna de las personas acusadas, en ningún caso justificaría, conforme a la doctrina antes reseñada, la pretensión de nulidad invocada por la defensa, siendo la pericial, insistimos, una prueba a practicar de forma contradictoria en el acto del plenario que debe ser valorada con inmediación y en conjunto con el resto de pruebas que en él

se practiquen.

La imparcialidad de los Inspectores de Hacienda, que son los que ha actuado como peritos, viene reconocida en la jurisprudencia, pues está determinada por su condición de funcionario público, cuya actuación debe estar dirigida a «servir con objetividad los intereses generales».

Así en sentencias del TS de fechas 30 de abril de 1.999 y 6 de noviembre de 2000, se dice que “la admisión como Perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito fiscal no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo precisamente a que como funcionario público debe servir con objetividad los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Público.

La vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el «ius puniendi» o con un sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley. De seguir el criterio de la parte recurrente hasta los dictámenes balísticos, grafológicos o dactiloscópicos deberían solicitarse por el Ministerio Público al Sector privado, dada la vinculación laboral de los peritos que ordinariamente los emiten con el Ministerio del Interior que promueve la investigación y persecución de los hechos delictivos enjuiciados, y con el Estado que ejercita el «ius puniendi.»

Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al procedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme

a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes”.

Cuarto.- La petición de nulidad de la prueba pericial viene también apoyada en la forma de su ejecución, por no haberse admitido el nombramiento de un perito de parte que interviniera en las operaciones periciales a realizar por los inspectores antes indicados, garantizando así la contradicción de las partes y el derecho de defensa.

Alegación que, igualmente, debemos desestimar en atención al objeto de la pericia y lo dispuesto en el art. 471 de la L.E.Cr., que establece que “en el caso del párrafo segundo del artículo 467, (esto es, si el reconocimiento e informe pericial no pudiere reproducirse en el juicio oral) el querellante tendrá derecho a nombrar a su costa un perito que intervenga en el acto pericial. El mismo derecho tendrá el procesado”.

En este mismo sentido y de forma explicativa la L.E.C. en su artículo 345 viene a excluir en supuestos como el ahora valorado, donde la pericia se refiere a documentos contables de sociedades unidos a la causa, al establecer en relación a las operaciones periciales y posible intervención de las partes, que “ cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas, las partes y sus defensores podrán presenciar uno y otras, si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen” .

Se trata, pues, de una posibilidad de participación de un perito de parte en el desarrollo de la pericial realizada a instancias del Juzgado prevista para supuestos en los que no cabe reproducir la misma en el plenario; esto es, para la práctica de prueba preconstituida, en la que debe asegurarse el derecho de defensa y el principio de contradicción aceptando dicha intervención conjunta, que no es lo que

sucede en este caso como hemos indicados anteriormente, por lo que la denegación de la intervención del perito propuesto por la defensa en la elaboración de la pericial practicada por los Inspectores de Hacienda resulta ajustada a derecho y no impide que los documentos en los que se sustentan las conclusiones de dichos técnicos puedan ser examinados por las defensas y por otros peritos a su instancia de forma independiente, pudiendo así contradecir y rebatir con plenitud de conocimiento el informe elaborado por los designados por el Juzgado; conocimiento y capacidad de contradicción que viene a reconocer la defensa del Sr. Ruiz de Lopera cuando ha propuesto y presentado como prueba otro informe pericial elaborado a su instancia, solicitando que su autora pueda intervenir en el plenario junto con los peritos judiciales.

Por ello, no cabe apreciar la nulidad interesada al no haber existido vulneración de normas esenciales del procedimiento determinantes de indefensión para la parte, único supuesto que, a tenor de lo dispuesto en el art. 238 de la L.O.P.J., hubiera podido justificar la admisión de tamaña pretensión.

Quinto.- Como tercera cuestión, se invoca por las defensas que se ha vulnerado el derecho a un juez imparcial incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE y art. 6.1 del CEDH, ex art. 10.2 CE), al haberse estimado, en auto de fecha 15 de mayo de 2015 de esta Sección Tercera, la recusación del Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Calle Peña dada su relación de parentesco con uno de los miembros de la asociación “Béticos por el Villamarín”.

Dicho Magistrado había intervenido como ponente en todos los recursos de apelación presentados por las partes contra resoluciones de la Juez Instructora, resolviendo, entre otras cuestiones, la relativa a la consideración de acusación particular de las Asociaciones personadas, la referente a los peritos y al informe pericial de los Sres. Velasco y Contreras y las cuestiones relacionadas con dicha prueba valoradas en los puntos anteriores.

Por ello, por considerar que se había vulnerado el derecho al juez imparcial, se interesó que se impidieran los efectos futuros que pudieran surtir las diligencias de instrucción que pudieran haber quedado afectadas de nulidad por estar directa o indirectamente vinculadas con las resoluciones dictadas por dicho ponente; petición que fue desestimada por la Sección Primera de esta AP en auto de fecha 10 de julio de 2015. Sin perjuicio de mostrar nuestra conformidad con los razonamientos de la Sección Primera, que damos aquí por reproducidos, la invitación que el citado Tribunal hizo para que la parte pudiera reproducir su pretensión en el trámite de cuestiones previas, al inicio del juicio, nos obliga a analizar nuevamente el motivo de nulidad invocado, cuya suerte desestimatoria pasamos a razonar.

La recusación, al igual que la abstención, constituyen unos instrumentos jurídicos establecidos por el legislador para preservar el derecho de los justiciables al "Juez imparcial" y, con su regulación legal (al establecer las causas de abstención y recusación, así como el tiempo oportuno para su invocación), se persigue tanto la preservación de tal derecho como el derecho al "Juez predeterminado por la ley" y el derecho a un "proceso con todas las garantías", que constituyen también derechos fundamentales de la persona y que responden a las exigencias del correcto funcionamiento de la Justicia y al principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En el presente caso, la recusación fue estimada tras varios años de instrucción de la causa y después de haberse dictado 48 autos en apelación por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, en los que actuó como ponente el recusado.

El efecto directo del auto que estima la recusación de un Juez o Magistrado es que éste quede apartado definitivamente del conocimiento del pleito o causa, continuando en su lugar aquel a quien corresponda sustituirle. No se contempla, en cambio, el efecto ahora pretendido de considerar nulas de forma general e

indiscriminada las actuaciones en las que hubiera intervenido el recusado y aquellas que traen causa de las resoluciones en las que hubiera intervenido por el solo hecho de la recusación, sino que habrá que analizar el contenido de los autos que podrían haber desplegado el efecto contaminante, dada la sospecha de imparcialidad que podría vislumbrarse, siendo este el criterio mantenido por el TS en sentencia de fecha 19 de noviembre de 2015, en el conocido caso del “código calixtino”, que es el único en el que se examinan las consecuencias de la recusación del Juez Instructor, no sentenciador, en la que mantiene la validez de la instrucción, limitándose a la revisión de las resoluciones en las que la defensa aprecia infracción legal o de derechos fundamentales, convalidando el resto.

Criterio que, igualmente, ha seguido el Tribunal Constitucional cuando la defensa no ejerce su derecho de recusación, o lo hace extemporáneamente, pero alega que se ha vulnerado su derecho a un juez imparcial por el órgano sentenciador. Así los AATC 276/2002, de 19 de diciembre, y 112/1991, de 12 de abril, se refieren a la doctrina relativa al derecho de recusar como institución de salvaguardia del derecho al Juez imparcial, recordando que no cabe apreciar la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), porque el recurrente (...) tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar (pues tuvo oportuno conocimiento de la composición de la Sala que celebró el juicio oral) y no recusó al Magistrado Ponente, al que, una vez recaída Sentencia desfavorable a sus pretensiones, acusa de falta de imparcialidad objetiva”. Pese a todo, analiza el contenido de los autos y señala que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto (por todas, SSTC 11/2000 (LA LEY 16321/2000), de 17 de enero, F. 4; 52/2001 (LA LEY 3279/2001), de 26 de febrero, F. 4; o 69/2001, de 17 de marzo (LA LEY 3270/2001), F. 14.a; y SSTEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt c. Dinamarca , §§ 48-49;

de 24 de febrero de 1993, caso Fey c. Austria , § 30; de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar c. España , §§ 43 y 46; de 15 de noviembre de 2001, caso Werner c. Polonia , §§ 39 y 43; de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España , §§ 45 y 47).

En este caso, no todos los autos en los que ha intervenido como ponente el recusado fueron desfavorables a las defensas y, además, los alegados en las cuestiones previas como vulneradores de derechos fundamentales o generadores de vicios procedimentales, como hemos desarrollado antes, se han estimado ajustados a derecho, por lo que su validez debe ser mantenida por pronunciamiento expreso de este Tribunal sobre los temas procedimentales allí debatidos en términos similares a los contenidos en las resoluciones impugnadas...

Segundo.- En la presente causa se ha producido durante la celebración del juicio oral una situación de crisis del procedimiento inusual, extraordinaria y carente de regulación legal, cual ha sido la presentación de un acuerdo de conformidad entre el M^o Fiscal y las defensas de los acusados Manuel Ruiz de Lopera y Avalos, María Teresa González Martínez, Guillermo Molina Pérez y María Mercedes Ferraro Mora, así como con la representación procesal de las entidades Técnica y Garantía del Deporte S.A. (TEGASA), Encaje del Deporte S.A. (ENCADESA), Familia Ruiz Avalos S.A. (FARUSA), Inmobiliaria del Centro Colón Sevillano S.A. (INCECOSA) y FRIGIMUEBLE S.A, como responsables civiles subsidiarios, quienes, así mismo, mostraron su acuerdo con la nueva calificación del Fiscal elevada, posteriormente, a definitiva.

Previamente, el RBBSAD, la “Asociación de Juristas Béticos” y “Asociación por Nuestro Betis” habían llegado a un pacto con Manuel Ruiz de Lopera Avalos y Luis Oliver Albesa en virtud del cual renunciaban a las acciones penales y civiles hasta entonces ejercitadas, afirmando la representación procesal del RBBSAD que se consideraba plenamente resarcida y satisfecha en virtud del acuerdo transaccional

suscrito con los citados acusados y responsables civiles.

En cambio, el acuerdo no fue admitido por la representación de la “Asociación Béticos por el Villamarín”, que mantiene su pretensión condenatoria contra los citados acusados, además de contra Ana María Ruiz Peña y Francisco Javier Páez Ruiz, si bien, al constar la renuncia del RBBSAD a las acciones civiles, retira su inicial pretensión indemnizatoria, limitándola a la derivada de seis actos a los que nos referiremos posteriormente, que considera integradores de un delito continuado de apropiación indebida.

Tercero. - El hecho de no haber sido aceptado este extemporáneo acuerdo por una de las acusaciones particulares, que mantiene su petición de condena penal, hace que carezca de los efectos propios de la conformidad prevista en la L.E.Cr. y, consecuentemente, que debamos afrontar el enjuiciamiento de la causa en la misma situación en la que nos encontrábamos antes de dicho convenio, por cuanto la aceptación de la nueva calificación de los hechos efectuada por el M^º Fiscal con los acusados no ha impedido que se continúe el juicio hasta su conclusión, a diferencia de lo que ocurriría de encontrarnos ante los supuestos regulados en los arts. 655, 688 y siguientes de la L.E.Cr. para el procedimiento ordinario, y artículos 784.3 y 787 de la misma ley adjetiva para el procedimiento abreviado; o artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que tienen esa finalidad, de poner término a la causa, lo cual implica la aceptación por los acusados de los hechos, su calificación jurídica y la condena solicitada por la acusación, renunciando con ello a su derecho a la presunción de inocencia, al tiempo que exonera a las acusaciones de la carga de probar la culpabilidad de estos y condiciona la decisión a adoptar por el órgano sentenciador al estar vinculado con la decisión manifestada por los inculcados y sus defensas, no pudiendo imponer pena superior a la mayor de las interesadas por las acusaciones, aunque si es posible dictar sentencia absolutoria y condenar a menor pena, como así lo señala la sentencia del TS de fecha 1 de marzo de 1.988 al decir que” *la fase plenaria del proceso penal español se inscribe dentro del denominado*

sistema acusatorio mixto o formal, el cual se asienta sobre los principios de oficialidad, legalidad, bilateralidad, igualdad entre las partes acusadoras y las acusadas, contradicción, oralidad y publicidad de los debates, si bien, y aunque escaseen, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluso en los juicios determinados por delitos públicos o perseguibles de oficio, se encuentran manifestaciones del principio dispositivo propio del proceso civil, tal como ocurre en los artículos 655 y 688 y siguientes, hipótesis, en las que, tratándose de supuestos en los que la pena solicitada por la acusación, o la mayor solicitada, cuando sean varias las acusaciones, no exceda o sobrepase de prisión menor, habiendo mostrado su conformidad la defensa del acusado o acusados y ratificada la misma, en presencia judicial, por los referidos acusado o acusados -artículo 655-, o confesos el imputado o imputados y no estimando, sus defensores, necesaria la continuación del juicio, sin que se supere la fase de conclusiones provisionales o en los umbrales de la apertura de las sesiones del juicio oral y público, la Audiencia correspondiente habrá de dictar sentencia sin más limitación que la consistente en no poder imponer pena superior a la convenida o acordada por las partes, a menos que el mentado organismo jurisdiccional estime que es procedente pena mayor y, al amparo de lo dispuesto en el párrafo tercero del precitado artículo 655, acuerde la continuación del juicio, pudiendo, por lo demás, las Audiencias, absolver al procesado o procesados si estiman improbados los hechos de autos o no acreditada su participación en los mismos, o imponer pena menor a la mutuamente aceptada por las partes, puesto que como destacaron la Consulta evacuada por la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1898 y la Exposición Fiscal de 15 de septiembre del mismo año, lo único que le está vedado al Tribunal de instancia, es imponer pena mayor o superior a la convenida o acordada por las merítadas partes, insistiendo, en esta posición la Memoria Fiscal de 1899, la cual sostuvo que puede absolverse al acusado o acusados, pese a su conformidad, o imponerles pena menor a la mutuamente aceptada, pues el único óbice es el de no poderse imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones.

La referida conformidad, para que surta efectos, ha de ser necesariamente, absoluta, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna, personalísima, es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario, voluntaria, esto es, consciente y libre, formal, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables, vinculante, tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formulada, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, e incluso para las Audiencias, salvo los casos antes expresados, y finalmente, de doble garantía, pues se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655- o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio - artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Del contenido de la citada resolución podemos concluir que la conformidad ha de ser absoluta, expresa y personalísima, voluntaria, formal y de doble garantía, aceptada por el acusado y su defensa, además de limitarse a una acusación a pena inferior a 6 años de prisión (artículos 655, 688 y 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado), y reunir las formalidades legales, en cuanto que constituyen las garantías de un acto tan importante como el de adhesión con la acusación y aceptación de la condena por ella propugnada. Solemnidades que han de ser rigurosamente observadas por cuanto su incumplimiento crea indefensión determinante de vicio de nulidad.

Por otra parte, el legislador otorga al juzgador el control de la calificación aceptada, señalando el art. 787, en sus puntos 2º y 3º que:

“2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

3. En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio”.

Sólo en el caso de concurrir los requisitos legales, el juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa (artículo 787.1 de la L.E.Cr.).

En el presente caso, no concurren los requisitos para dictar sentencia de conformidad con la petición acusatoria presentada por el M^º Fiscal, no obstante haber sido aceptada por los acusados y sus defensas en un principio, no así en sus alegaciones finales, pues dicha conformidad no ha supuesto la terminación del juicio que constituía su condicionante principal por mantenerse una acusación particular que sostiene una posición inculpativa dispar a la del M^º Público, interesando penas de prisión de hasta 14 años contra el principal acusado, además de mantenerse la acusación contra otras personas que no son acusadas por el M^º Fiscal, y, por tanto, el juicio se ha celebrado hasta su conclusión, debiéndose preservar, en consecuencia, los derechos de los acusados, entre ellos, el derecho a la presunción de inocencia, sin que pueda identificarse la conformidad mostrada con un reconocimiento de los hechos, como así lo ha entendido el TS de 21 de marzo de

2005 al señalar que *"la conformidad expresada en el proceso no debe ser equivalente a la prueba de los hechos mediante confesión, dado que no se basa en un expreso reconocimiento de la autoría, sino en la presión que ejercía en el caso concreto sobre la Defensa y el acusado el riesgo de ser sometido a una pena mayor ante la situación de imposibilidad de conseguir otras pruebas -que como se vio existían- y, en el caso de que no se le creyera su versión de los hechos -que como se vio era real-, no tuviera ningún otro elemento para contradecir la acusación"*.

Como señala la sentencia del TS de 13 de junio de 2017, *"la conformidad supone que el hecho sea "aceptado" como existente, pero ello no implica que se trate de una verdadera confesión y por tanto, de una actividad probatoria como sería el interrogatorio del acusado"*.

Todo ello sentado, sólo desde una óptica simplista que se compadecería mal con la realidad de lo acontecido sería posible sostener, en nuestro caso, una conformidad con el alcance que le sería propio según los preceptos legales y la doctrina jurisprudencial antes expuesta. El juicio se ha celebrado en su integridad y en la prueba de declaración de los acusados, que con una sola excepción contestaron exclusivamente a las preguntas de sus respectivas defensas, negaron por completo los hechos de las acusaciones, salvaguardando así su inocencia. Ciertamente que en sesión posterior, cuando se hizo ver al Tribunal el acuerdo alcanzado con todas las acusaciones excepto con una, contestaron con una afirmación monosilábica su aceptación de los hechos de la acusación del Ministerio Fiscal. Sin embargo, considerando que ninguno de los acusados, con excepción de Guillermo Molina, había contestado anteriormente a las preguntas del Ministerio Fiscal, sólo un nuevo interrogatorio, pormenorizado sobre cada uno de los hechos contenidos en el relato del escrito de calificación a que se refieren los tipos delictivos imputados, hubiera atribuido a sus manifestaciones valor incriminatorio capaz de lacerar, en alguna medida, la presunción de inocencia que es necesario punto de partida para esta Sala al valorar con plenitud en su conjunto la prueba practicada. Sin embargo, al no

haberse hecho así, el juicio ha sido celebrado tal y como fue diseñado desde un principio y no es aceptable una instrumentalización de la vía penal supeditándola a transacciones extrajudiciales paralelas al plenario carentes de encaje procesal e ineptas, desde cualquier perspectiva, para provocar efectos en esta sentencia prescindiendo de la prueba practicada durante el juicio.

En suma, no pudiéndose hablar en este caso de conformidad propiamente dicha, los acusados siguen sometidos a un total enjuiciamiento de los hechos delictivos que se les atribuyen y no sería admisible una sentencia que prescindiera de la aplicación del derecho a la presunción de inocencia que tiene todo acusado y, por tanto, deben mantener las garantías que otorga ese derecho, sin que quepa interpretar que la adhesión realizada a la calificación del Fiscal represente una renuncia al mismo, Estimamos, por ello, que procede realizar la valoración de la prueba y de las pretensiones de las partes con total libertad de criterio, pues no es ilusorio pensar que hayan aceptado la petición de condena del Mº Fiscal (multa) a la vista de la pena de prisión a que se enfrentan (14 años de prisión el principal acusado), así como en la esperanza de una reconsideración de la pretensión punitiva por parte de la única acusación particular que se mantiene en el proceso, lo que nos hace pensar en una situación similar a la contemplada en la sentencia antes aludida y nos lleva a mantener sus mismas consecuencias que nos desligan de la conformidad mostrada, como así pretenden de este Tribunal las defensas al recordarnos la finalidad perseguida con la adhesión mostrada con la calificación fiscal por los principales acusados, Sr. Lopera y Sr. Molina, que no era otra que *“poner fin definitivamente a la situación de litigiosidad y encontrar la avenencia de las partes en confrontación para alcanzar la paz de la familia bética, y siempre en beneficio del Real Bétis”*, pidiendo, en consecuencia, la absolución.

Criterio que fue puesto de manifiesto por el Letrado de la acusación particular, al rechazar que el acuerdo habido entre el Mº Fiscal y alguna de las defensas implicara una conformidad penal, pues ello requeriría, según sus propios términos,

que se hubiera mostrado la conformidad con la acusación que pidiera una calificación más grave; y como ello no se ha producido, no es posible una sentencia de conformidad y menos en el trámite en el que se produce el acuerdo, después de haberse practicado pruebas.

Cuarto.- Como es conocido, la sentencia debe ser congruente con los términos de la acusación, lo que implica un triple límite a la actuación del Tribunal, pues no puede condenar por hechos distintos a los que son objeto de la pretensión inculpativa del M^o Fiscal y acusación particular, ni por delito diferente al atribuido a los acusados en las conclusiones definitivas, ni tampoco a penas superiores a las pedidas por las acusaciones.

El principio acusatorio, entendido como el derecho a que la persona acusada tenga conocimiento de lo que se le acusa a fin de que pueda defenderse, se encuentra regulado entre las garantías del art. 24.2 CE, consistente en el derecho a ser informado de la acusación y en el derecho a un proceso público con todas las garantías. Se entiende que es un principio estructural del proceso penal el que nadie pueda ser condenado sin que se formule una acusación previa a la que tenga conocimiento con antelación.

Por hechos vinculantes debemos entender los distintos elementos fácticos que permiten afirmar la comisión de un delito, su grado de desarrollo, la concreta intervención de los acusados y las circunstancias agravantes, tanto genéricas como específicas. A su vez, la calificación jurídica a la que habrá de estarse en sentencia comprende no sólo la tipología de delito, sino también el grado de consumación, el nivel de participación del acusado y las circunstancias agravantes esgrimidas por la acusación. En todo caso, la calificación vinculante será la formulada en conclusiones definitivas, atendido que es permitida su modificación respecto de las formuladas provisionalmente a resultas de las pruebas desplegadas en el juicio, siempre que ello no suponga modificación de los hechos y se posibilite una argumentación defensiva

respecto de la nueva calificación si fuese más gravosa para el acusado.

Lo fundamental es que el Tribunal respete los hechos nucleares de la acusación. No es posible condenar por hechos distintos a los que han sido objeto de la acusación, pero sí completarlos o aclararlos con elementos accidentales.

Como señalan las SSTs. 37/2013 de 30 de enero y 1278/2009 de 23 de diciembre, *“entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STC. 60/2008 de 26.5, la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica” (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre ; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).*

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4)”.

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9 de febrero y 143/2009 de 15 de junio, precisan que *“al definir el contenido del derecho a ser informado de la*

acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan".

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener *"los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito"*, que es lo que ha de entenderse *"por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa"* (STC. 87/2001 de 2.4). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

Igualmente, el TS tiene declarado (SSTS. 609/2002 de 10.10, 368/2007 de 9.5, 279/2007 de 11.4, 922/2009 de 30.9) *"que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación"*

(SS. T.C. 134/86 Y 43/97)...el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(S.T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (S.T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en Sentencia. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado"

Como señala la sentencia del TS num. 631/2017 de 21 septiembre:

"A efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal

esencial es el escrito de conclusiones, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (SSTC. 87/2001 de 2 [sic]). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

En efecto la función del escrito de acusación es la de orientación del debate fijando que hecho o hechos constituyen el objeto de la acusación e indicando al acusado la dirección del ataque y las pruebas en que este se basará, a fin de que el inculpado pueda disponer adecuadamente su defensa. Por consiguiente la indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles puede dar lugar a una acusación imprecisa e incluso insuficiente y puede producir a causa de ello una situación de indefensión en el acusado que solo podrá, efectivamente, defenderse y proponer las pruebas que crea conveniente en la medida que conozca la exposición concreta de los hechos (SSTC 36/96 de 13.2 [sic], 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

Asimismo el TEDH considera que el artículo 6.3 de Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que "todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

a).- A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) A disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa". (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24.10.1996 (caso Salvador Torres contra España , 25.5.1999 caso Pelessier y Sassi contra Francia).

En estas resoluciones, el TEDH recuerda que el derecho del art. 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado, no solo en la causa a la acusación, esto es de los hechos que se imputan, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos. Y además, que esta información sea la suficientemente precisa y detallada para que el acusado pueda utilizar todos los medios oportunos para su defensa. En este sentido considera el Tribunal que "en materia penal es una condición esencial para la equidad de los procedimientos, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría llevar a cabo.

En similar sentido la STS. 189/2016 de 4 de marzo, que concluye la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, proscribe las acusaciones implícitas o sorpresivas y advierte de la vinculación del principio acusatorio con el derecho de defensa, tutela judicial e incluso se relaciona con la independencia judicial puesto que si el juez se extralimita en relación con el hecho punible fijado por la acusación compromete su imparcialidad.

En resumen para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado), y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad".

Hemos considerado necesario traer a colación esta doctrina pues tiene interés

en el caso ahora examinado, dado que el enjuiciamiento se extiende al desarrollo de la gestión del Real Betis Balompié SAD durante 16 años y han sido objeto de investigación todos los actos de disposición y administración realizados por el acusado Manuel Ruiz de Lopera en colaboración con Guillermo Molina Pérez y la cooperación de los demás inculpados durante dicho periodo de tiempo, siendo distintas las acusaciones y los hechos que han integrado sus escritos de acusación, si bien, finalmente, tras el acuerdo transaccional suscrito el 28 de julio de 2017 que dio lugar a la renuncia a la acción penal y civil ejercitada por el RBBSAD, la “Asociación de Juristas Béticos” y “la Asociación por Nuestro Betis”, han quedado reducidas a dos, al Mº Fiscal y la “Asociación Béticos por el Villamarín”.

Pues bien, las dos partes que mantienen sus pretensiones acusatorias difieren en el relato de hechos y en la valoración de la prueba.

El Mº Público hace una descripción completa y detallada de los hechos que considera delictivos, pero no hace lo mismo la acusación particular, que si bien individualiza, describe y delimita seis hechos que configuran su calificación y considera integradores de un delito continuado de apropiación indebida, a los que nos referiremos posteriormente, no hace lo mismo respecto del resto de actos que estima constitutivos de un delito continuado de administración desleal, pues en cuanto a ellos se remite al contenido de los distintos informes de los peritos judiciales, lo que no resulta admisible dada su falta de concreción; máxime cuando, como ya hemos dicho, son distintas las valoraciones que de dicha prueba realizaron por las acusaciones y tales informes periciales son amplísimos (casi quinientos folios de pormenorizado y apretado contenido). Además, la conclusión final de los peritos sobre el perjuicio económico producido por la interposición de TEGASA y ENCADESA en la gestión de los recursos del RBBSAD (24.973.191,38 euros. F 21.289) no se corresponde con la petición de indemnización (25.676.044,00 euros) que formula la acusación particular en el escrito de conclusiones provisionales, que es el documento que pudiera reconducirnos a conocer el alcance de su acusación;

petición, no ratificada en las conclusiones definitivas, en las que no distingue entre el importe de los actos delictivos ejecutados por los acusados y los perjuicios derivados de los mismos.

Por otra parte, la acusación particular, al informar en el acto del plenario sobre los motivos y pruebas que justificaban su pretensión incriminatoria, limita su reproche penal a la obtención de beneficios financieros por parte de TEGASA y ENCADESA como consecuencia de los retrasos e incumplimientos puntuales en los pagos debidos al RBBSAD, que considera fueron aprovechados para realizar inversiones con el fin de obtener importantes réditos económicos en favor de las empresas del Sr. Ruiz de Lopera. Sin embargo, del resto de actos de administración y disposición muestra dudas sobre su desenlace y si habían sido o no regularizados.

Esta misma falta de precisión se pone de manifiesto, igualmente, cuando observamos que en el escrito de conclusiones provisionales, después de solicitar, como hemos indicado, una cantidad superior a la calculada por los peritos como perjuicio económico del RBBSAD, y a la hora de precisar los intereses por demora de las supuestas cantidades apropiadas o distraídas ilícitamente, alude a beneficios por importe de 18.119.924,49 euros, de los cuales, por el concepto de réditos financieros, sólo especifica los que dice haber obtenido TEGASA (1.161.903,16 euros) antes de la resolución del contrato de arrendamiento de servicios con el RBBSAD (1 de julio de 1999), y no distingue los que corresponden a dicho concepto a favor de ENCADESA durante los nueve años de gestión económica del RBBSAD.

Como afirma el Letrado de la acusación particular en su informe final *“no ha quedado acreditada la intención de retener todos los ingresos como propios..., sin embargo si se consuma el delito societario desde el momento en que nunca se previó la posibilidad de devolver todos los beneficios generados por aquellos productos financieros en los cuales se invertía el dinero que realmente era del RBB, aunque formalmente se hacía figurar a nombre de TEGASA y ENCADESA, no se*

preveía que esos beneficios generados volvieran a entrar en el RBB..., Si podemos mantener la duda sobre si el dinero podía volver a la esfera del Betis, los productos financieros, no hay duda que no volvieron..., solamente se genera un documento, cuya realidad no se ha acreditado, en el cual se simula un retorno de beneficios, cuando ya se percibe que se van a ejercitar acciones penales, y por tanto, el delito está consumado”.

Las anteriores precisiones adquieren especial interés desde el momento en el que nada se menciona en el escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivas, sobre la posible simulación o falsedad del nombrado “documento de retorno de beneficios” de fecha 10 de julio de 2003. Incluso la acusación lo admitió tácitamente, al tenerlo en cuenta a la hora de fijar el importe de la reclamación civil interesada a los acusados en su escrito de acusación provisional, como igualmente lo hizo el M^º Fiscal, por lo que la sospecha de posible falsedad en cuanto a la fecha de dicho acuerdo devolutorio, esparcida con cierta justificación por los peritos judiciales, no la podemos tener en cuenta so pena de infringir el principio acusatorio antes expuesto.

A estas imprecisiones y dudas de la acusación particular sobre el real contenido de su incriminación se añade que el M^º Fiscal, en su escrito de acusación, salvo en el importe del beneficio total de la actividad deportiva fijado por los peritos judiciales, discrepa de dicho dictamen técnico y se remite a las actas levantadas por la Inspección de Tributos al RBBSAD, a ENCADESA y TEGASA, pese a no haber sido ratificadas ni sometidas a contradicción en el plenario por sus firmantes; actas que considera, erróneamente, prueba plena por el mero hecho de tratarse de documentos públicos, cuando a juicio de esta Sala no tienen tal valor en el proceso penal como así se desprende de la sentencia del Pleno del TC de fecha 28 abril 1990, según la cual *“ha de excluirse a límine que el art. 145.3 de la LGT establezca una presunción legal que dispense a la administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos*

sancionados, puesto que el precepto parte justamente de la existencia de un medio probatorio valido en derecho. Es igualmente evidente que la norma impugnada no establece tampoco una presunción iuris et de iure de veracidad o certeza de los documentos de la inspección (que sería también incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente admite la acreditación en contrario. El precepto combatido constituye un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en las actas y diligencias de la inspección tributaria, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio solo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias”.

Remisión a las actas de inspección tributaria que debilita la posición acusatoria, en cuanto, como dice la misma sentencia y es de conocimiento general, *“la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”.*

Hasta tal punto la remisión del Mº Fiscal a las actas de la inspección tributaria, negando implícitamente la validez probatoria de los informes de los peritos judiciales,

tiene importancia en el enjuiciamiento de esta causa, que podemos decir que ha dinamitado la principal prueba que ha sustentado la instrucción y los escritos inculpatorios de las acusaciones particulares, siendo, por otro lado, la inconcreción y dudas puestas de manifiesto por el Letrado de la única acusación particular que se mantiene otro elemento que abunda en la misma minusvaloración de la pericia judicial y, en parte, va a justificar el pronunciamiento absolutorio de los acusados, al estar vinculado este Tribunal a las conclusiones definitivas de las acusaciones como antes hemos indicado.

Un ejemplo más de la indeterminación del acusador particular en su petición de responsabilidad penal nos lo ofrece el hecho de no mencionar a varios de los acusados en su informe final; ni señaló cual fue su participación de cada uno en los hechos enjuiciados, ni individualizó los concretos actos que justificarían, a su juicio, la responsabilidad penal y civil que de ellos predica. Esta falta de determinación de hechos punibles resulta aún más evidente al relatar el motivo de la inculpación de dos personas que sólo son acusadas por la “Asociación Béticos por el Villamarín”; a saber, Francisco Javier Páez Ruiz y Ana María Ruiz Peña. Así, respecto del primero, sólo se dice en el escrito de acusación que es *“sobrino de Ruiz de Lopera, fue administrador único de TEGASA desde enero de 1993 hasta enero de 1996, aparte de ser consejero del Real Betis desde diciembre de 2004”*; y en cuanto a la segunda, únicamente, que *“fue apoderada de ENCADESA desde 1.999”*.

Quinto.- El Mº Fiscal califica los hechos por los que formula acusación como integradores de un supuesto de delito continuado de apropiación indebida tipificado en el art. 252 –redacción introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, vigente desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 30 de junio de 2015- en relación con el art. 250.1.6º -redacción originaria, vigente desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 22 de junio de 2010-, y 74.1 y 2 primer inciso del Código Penal, ello en relación con los hechos realizados por los acusados a través de las sociedades ENCADESA y TEGASA durante las temporadas 1999.2000 a 2007/2008 en las que se

desenvuelven los contratos que las vinculaban con el RBBSAD.

Por su parte, la acusación particular, distingue entre delito de apropiación indebida continuada (referida a los casos de simulación descritos en la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de esta ciudad de fecha 14 de diciembre de 2005; el que denomina *affaire* Roberto Ríos; el pago de la responsabilidad civil por los delitos contra la Hacienda Pública por los que fue condenado en dicha sentencia; y la supuesta adquisición de 20.662 acciones del Betis por FARUSA) y un delito de administración desleal, referido al resto de gestión económica del Betis, que, como hemos dicho, limitó en el acto del plenario a los beneficios financieros obtenidos por Tegasa y Encadesa durante la vigencia de los contratos suscritos con el RBBSAD.

Como bien expuso el Letrado de la acusación particular, el criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida definido en el art. 252 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos (actual art. 253) y el delito de administración desleal definido en el art. 295 anterior (252 del vigente) parte de la idea de expropiación definitiva o temporal del bien administrado. Según esta tesis, en la apropiación indebida del derogado art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. El que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. En ambos casos hay expropiación definitiva. Sin embargo, en la administración desleal del antiguo art.295 CP y 252 actual, la conducta punible consiste en actos dispositivos de carácter abusivo que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Fundamentalmente, la administración desleal sancionaría los usos temporales ilícitos, de menor gravedad que los de apropiación indebida. Habrá apropiación indebida cuando se produce una expropiación definitiva del bien y administración desleal cuando la acción abusiva o desleal no comporta un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver la cosa.

La reforma introducida por la LO 1/2015 ha modificado los delitos de administración desleal y apropiación indebida. De un lado ha derogado el antiguo delito societario de administración desleal del art.295 CP y, de otro, dentro del capítulo de las «defraudaciones» (Capítulo VI, del Título XIII, del Libro II), ha dado una nueva redacción a la Sección 2ª, que ahora se dedica al delito de administración desleal (art.252), y ha introducido una nueva Sección 2ª bis, integrada por los art. 253 y 254, en la que se tipifica el delito de apropiación indebida.

En el artículo 252 del Código Penal actual se castiga con las mismas penas que la apropiación indebida, a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Si el perjuicio patrimonial es inferior a 400 euros se castiga como delito leve.

Por su parte, el art. 253 del Código Penal tras la reforma castiga a los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

En este precepto se sanciona la apropiación definitiva de dinero o de otro bien mueble que se haya recibido por un título que produzca la obligación de entregar o devolver. Nótese que del antiguo tipo se ha eliminado la posesión en concepto de administración lo que refuerza la idea de que si el dinero o lo recibido no hay que devolverlo sino que ha de administrarse, empleándolo en un fin concreto, no habrá apropiación indebida sino administración desleal. La distracción o utilización del bien administrado para un fin distinto del establecido o convenido constituye, por tanto, administración desleal.

Pero como dice la STS 656/2013, de 22 de julio *“estimamos que debe acogerse la concepción que se basa en la calidad del comportamiento del administrador, en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.*

Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

El delito de administración desleal del art. 295 del Código Penal, introducido por la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre vigente desde el 25 de mayo de 1996, aplicable al caso enjuiciado por ser más beneficioso para los acusados que el actual art. 252 del Código Penal tras la reforma producida por la L.O. 1/2015, se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicio, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se

señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas.

Por el contrario, la apropiación indebida, supone una disposición de los bienes, cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza. En la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

Cuando el administrador de una sociedad toma para sí bienes de la misma para hacerlos propios o para un tercero o los desvía sin retorno, cometerá, aunque sea administrador social el delito de apropiación indebida, pues de no ser así se estaría privilegiando la apropiación pura y simple de los bienes de sociedades frente a otros patrimonios individuales, reconducible al anterior art. 252, que permite, en términos generales, imponer pena superior lo que evidentemente constituiría un absurdo.

Consecuentemente podemos dejar sentado que en la apropiación indebida (art. 252 vigente al tiempo de los hechos enjuiciados) sólo se incluyen los supuestos de administración desleal o fraudulenta que suponen actos de apropiación y en el art. 295 (igualmente, aplicable al caso) todos aquéllos que suponen un simple uso dominical abusivo del que se deriva un perjuicio para el patrimonio administrado.

Criterio diferenciador que se ha mantenido por la jurisprudencia tras la reforma introducida por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, como así se recoge en SSTS nº

683/2016, de 26-7, 474/2016, de 2-06 y 163/2016, de 2 de marzo, según la cual: *"En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253. Es decir, una cosa es infringir las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas y otra llevar a cabo actos apropiatorios inequívocos con fines de lucro personal con respecto al dinero, acciones o bienes de la entidad en la que se tenga capacidad de administración".*

Como apunta la sentencia de la sección 2 de la AP de Madrid de 10 de febrero de 2017, "la administración desleal se aplicaba para casos como los siguientes:

Quando se celebra un contrato pagando un precio excesivo o superior a los autorizados por el Consejo de Administración: operación ruinosa.

Al otorgarse o aceptarse un crédito sin o contra la autorización del órgano social competente para ello.

Y en general, cuando las decisiones adoptadas en el ámbito empresarial, perjudican el patrimonio social, y se deben a actos fraudulentos.

En definitiva: no se trata de una gestión desacertada que incluso puede llegar a producir una crisis empresarial sino una gestión abusiva que causa perjuicios que no hay por qué soportar, a la sociedad o socios.

El artículo 295 del Código Penal define el llamado delito societario por administración fraudulenta y precisa los siguientes elementos:

Sujeto activo: el administrador de hecho o de derecho y los socios, aunque es difícil de imaginar que éstos puedan llevar a cabo estas conductas salvo que desempeñen en la sociedad un cargo o que actúen como coautores.

Sujeto pasivo: la propia sociedad, socios, depositarios, titulares de valores, etc.

Elemento objetivo: la producción de un perjuicio objetivable y por tanto evaluable económicamente, que tenga reflejo en los balances sociales. Y que ello se ha de hacer a través de una conducta abusiva de la confianza depositada en él, por quien se prevale de sus atribuciones para procurarse un beneficio económico propio o para terceros con un correlativo perjuicio para la sociedad.

Elemento subjetivo: se exige dolo de procurarse un enriquecimiento ilícito aunque posteriormente se persigan otras finalidades, Ese dolo es de lucro personal o para terceros.

Si no se materializa un perjuicio económico sólo habrá infracción de deberes en el ejercicio de la administración social pero no delito”.

Dicho delito supone una conducta que, por la vía de la utilización de la posición gestora en el seno de la sociedad, se procura el administrador beneficios o

ventajas, a costa de realizar operaciones beneficiosas para sus intereses, que se debían haber formalizado exclusivamente a favor de la sociedad. De esta manera se le ha privado de unos resultados positivos, que se hubieran producido, si la gestión hubiese sido fiel y leal.

Por su parte, el delito de apropiación indebida requiere como elementos integradores (SSTS 12-7-2012, nº 664/2012, y 18-7-2013, nº 648/2013):

1.- Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

2.- Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos. Definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos.

3.- Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación del objeto típico, que se producirá cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

4.- Que el sujeto activo tenga no solamente la conciencia del acto, sino el deseo de incorporarlos a su patrimonio (STS 6-6-2013, nº 447/2013).

Aclarando el Tribunal Supremo (SSTS 31-1-2005 y 29-10-2007, nº 863/2007) que en el ámbito jurídico-penal, apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

5.- Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

En cuanto al ánimo de lucro, en el delito de apropiación indebida no aparece como elemento del tipo, si bien, se puede considerar implícito en esa definición legal, sobre todo si se interpreta en un sentido amplio que comprende cualquier tipo de beneficio, incluso no patrimonial; habiendo declarado también el Alto Tribunal que el elemento anímico del delito se entiende concurrente con un comportamiento material de apropiación, gozando de la cosa o disponiendo de ella (ATS 9-5-2013, nº 986/2013).

Sexto.- Establecidos los anteriores criterios jurisprudenciales, nos disponemos a examinar las actuaciones en las que basan su calificación las acusaciones, iniciando nuestro enjuiciamiento con el delito continuado de apropiación indebida que afirma la acusación particular, el cual se refiere a los siguientes hechos:

I.- Haber simulado Manuel Ruiz de Lopera, en el periodo comprendido entre la temporada 93/94 a la 98/99, en que ejercía como administrador de hecho de TEGASA al tiempo que era Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración del RBBSAD, contratos y pagos a terceros que no eran reales, tales como:

1º Amortización del jugador Albert Nadj, 42.562.500 pesetas (273.977 euros) que no se realizó.

2º Pago de 240.038.500 pesetas (1.443.406 euros) por una presunta opción de compra de jugadores al Club de Fútbol CSKA de Moscú, que no se efectuó en realidad.

3º.- Pago de 150.000.000 pesetas (900.000 euros) a Europeiski Sport, que tampoco se ajusta a la realidad.

La prueba de dichos actos la constituiría la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla de fecha 14 de diciembre de 2005 (f. 13135 y ss), en la que, existiendo conformidad entre las partes, se declaraban probados esos hechos y se condenaba a Manuel Ruiz de Lopera Avalos como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública.

Este Tribunal, no sólo por haberse regularizado contablemente dichas actuaciones con anterioridad a la querrela que dio origen a este procedimiento, como así consta en las actuaciones y lo reconocen los peritos judiciales, considera, al igual que la defensa de los Sres. Lopera y Molina, que esos hechos que se recogen expresamente en el relato fáctico de la sentencia del Juzgado de lo Penal 10 ya fueron enjuiciados y sería de aplicación la excepción de cosa juzgada material con fundamento en el principio "*non bis in idem*", el cual ha de entenderse implícitamente incluido en el art 25.1 CE e íntimamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, que imposibilita que un hecho sometido a juicio que terminó con sentencia pueda ser objeto de un nuevo enjuiciamiento siendo una misma persona la acusada en ambos procesos que fue ya condenada en el primero.

Sobre dicha excepción en el ámbito penal se pronuncia la jurisprudencia en los siguientes términos (SSTS 27 de febrero de 2013 y 16 de febrero de 2017):

“Esta Sala tiene reiteradamente establecido al tratar de la cosa juzgada en el marco del proceso penal (SSTS 608/2012, de 20-6 ; 630/2012, de 16-4 ; 846/2012, de 5-11 ; 974/2012, de 5-12 ; y 62/2013, de 29-1 , entre otras muchas) que, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes

sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto; todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal -señalan las referidas sentencias-, es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada en causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismo hechos, derecho que es una manifestación del principio " non bis in ídem " y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. Según la misma doctrina jurisprudencial, para que opere la cosa juzgada siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son sus elementos identificadores en el proceso penal; y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros. Carece así de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos".

Los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

1.- Identidad del hecho, teniendo en cuenta que el mismo vendrá determinado por el relato fáctico de la sentencia anterior y su comparación con el hecho por el que ahora se acusa. Igualdad que se produce en este caso, y prueba evidente de ello es que la acusación basa su pretensión condenatoria, precisamente, en los hechos que

se recogen en la sentencia del Juzgado de lo Penal 10 antes referida.

2.- Identidad de persona inculpada, en este caso, Manuel Ruiz de Lopera, que fue enjuiciado y condenado en la predicha sentencia penal y es acusado en este procedimiento como autor de los mismos hechos.

Requisitos que concurren plenamente en este caso en el acusado Manuel Ruiz de Lopera, respecto del que debe estimarse la citada excepción, que, como hemos indicado, tiene un efecto negativo consistente en impedir un segundo juicio por los mismos hechos ya enjuiciados contra la misma persona.

Ciertamente la acusación particular solicita que se condenen por estos hechos, en calidad de cooperadores necesarios, a María Mercedes Ferraro de Mora, Teresa González Martínez, Ana María Ruiz Peña, Francisco Javier Páez Ruiz y Guillermo Molina Pérez, más dicha pretensión es totalmente imprecisa y carente de sustento probatorio, pues nada se nos dice sobre la concreta participación de estas personas en las supuestas simulaciones ahora examinadas, resultando absolutamente injustificada alguna de estas acusaciones cuando la persona acusada no tuvo intervención alguna en las mismas. Así, los hechos que se recogen en la sentencia penal de 14 de diciembre de 2005 corresponden a los ejercicios 1996/1997 y 1997/1998, siendo las entidades afectadas por la regularización fiscal TEGASA y RBBSAD, y en esas fechas Mercedes Ferraro de Mora, Ana María Ruiz Peña y Francisco Javier Páez Ruiz no tenían ninguna relación con estas entidades, como así se desprende del propio escrito de calificación de la acusación particular; y respecto de María Teresa González Martínez y Guillermo Molina Pérez, ninguna prueba se ha practicado que permita atribuirles participación en concepto de cooperadores necesarios. Así, resulta de lo actuado que la primera, administradora única de TEGASA en dicho periodo de tiempo, tuvo una actuación meramente instrumental o formal, ejerciendo realmente la función de administrador el Sr. Ruiz de Lopera, como así se desprende de la declaración de los acusados y testigos en el plenario;

resultando también de lo actuado que el segundo fue nombrado como administrador de TEGASA en 1999, y aunque actuara como apoderado de la misma desde enero de 1996 ninguna prueba se ha practicado que nos permita afirmar su intervención en dichos actos, por lo que la absolución de los mismos por estos hechos debe imperar.

II.- Otro de los actos apropiatorios que conforman la acusación del delito continuado del art. 252 del Código Penal, siempre según redacción vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, se refiere al endoso realizado el 7 de abril de 1995 a TEGASA de los pagarés librados por FARUSA a favor del RBBSAD por importe de 206.626.424 pesetas para el pago de 20.662 acciones.

Conforme al contrato de arrendamiento de servicios suscrito por el RBBSAD con TEGASA, ésta gestionaría todos los ingresos y recursos económicos de la primera. Dado que la SAD recibía ingresos que correspondían a créditos intransferibles se ideó, como fórmula para justificar su traspaso, que la gestora emitiera una factura por el concepto de prestación de servicios cuando la única realidad subyacente era que el RBBSAD había ingresado una cantidad, lo que los peritos han venido a denominar “contrafacturas”. Así el RBB contabilizaba un ingreso y, posteriormente, un gasto, produciéndose un efecto neutro en su cuenta de explotación, siendo TEGASA la que imputa estos ingresos en sus resultados y, como consecuencia de ello, a la liquidación a practicar con el RBB.

El 7 de abril de 1.995 se produce el citado endoso de pagarés, por importe de 206.626.424 pesetas, que habían sido librados y aceptados por FARUSA para el pago al RBB de acciones por dicho importe. Finalmente, como consecuencia del contrato que le vincula con TEGASA, el cobro se habría producido mediante compensación de una deuda cuyo origen y realidad resulta del citado vínculo contractual, que es calificado como nulo y sin causa que lo justifique por parte de la acusación particular, si bien dicha nulidad no fue ni es reclamada por los socios del RBB.

III. Otro de los supuestos que integran la acusación por el delito continuado ahora examinado, es el derivado del contrato de fecha de 1 de julio de 1996, por el que el RBB cede a TEGASA el 10% de la cantidad que tuviera derecho a percibir dicha SAD en casos de rescisión contractual al amparo del R.D. 1006/85, lo que determinó que la sociedad gestora obtuviera unos beneficios por importe 200.000.000 de pesetas en la denominada “operación Roberto Ríos”, que se produce por la utilización de la cláusula del art. 16 del RD (efectos de la extinción del contrato por voluntad del deportista), según el cual “*la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable*”. La cuantía de la rescisión fue de 2.000.000.000 de pesetas, de los que dedujeron 200.000.000 de pesetas a favor de TEGASA en aplicación del documento de 1 de julio de 1996, habiéndose cobrado los 2.000.000.000 de pesetas por TEGASA, quien después liquidó con el RBB la deuda por esta operación cuando se produce la liquidación definitiva como consecuencia de la resolución contractual de 18 de mayo de 1.999.

IV.- Como última cuestión a tener en cuenta en la condena que postula la acusación particular, que justifica su calificación de delito continuado de apropiación indebida, está la relativa al pago por parte del RBB de la responsabilidad civil que hubiera correspondido satisfacer a Manuel Ruiz de Lopera como condenado por los dos delitos contra la Hacienda Pública en sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de esta ciudad de fecha 14 de diciembre de 2005.

En dicha sentencia se impuso al citado acusado la pena de 7 meses y 15 días de prisión por cada uno de los delitos, y multa de 101.859.056 ptas por el primero (referido a la temporada 1996/97) y de 211.013.684 ptas por el segundo (1997/98),

cantidades que sí fueron abonadas por el reo.

Igualmente, en el relato de hechos probados se recogía que “*el acusado Manuel Ruiz de Lopera Avalos ha ingresado –deducción hecha de las cantidades expuestas en el párrafo siguiente – en el Juzgado instructor, la cantidad de 116.410.350 ptas (706.000 euros) para hacer efectiva la totalidad de la cuota defraudada correspondiente al RBBSAD, ejercicio 1996/1997 y 241.158.496 ptas (1.450.141 euros) para hacer efectiva la totalidad de la cuota defraudada correspondiente al RBBSAD ejercicio 1997/1998... Así mismo, ha ingresado los correspondientes a los intereses de demora tributarios.*

TEGASA ha presentado en el Juzgado, escrito en el que aplica la cantidad que le corresponde por la devolución por dichos ejercicios (1.038.148 pesetas (6.242 euros) y 81.287.157 pesetas (488.613 euros), así como sus intereses, al pago de la responsabilidad civil derivada de este escrito, del Real Betis Balompié SAD”.

Considera la acusación privada que al haberse abonado la citada responsabilidad civil por el RBB, como consta en su contabilidad y así lo informan los peritos judiciales (f. 9977 vto.), siendo ello reconocido por la defensa del citado acusado, debe aplicarse la jurisprudencia y doctrina mayoritaria de aquella época según la cual, en los supuestos de condena por delito de defraudación tributaria se produce una mutación del título de ejecución, de modo que la obligación tributaria *ex lege* pierde su naturaleza para devenir obligación *ex damno*.

Consecuencia de ello, concluye la acusación, debe distinguirse entre deuda tributaria, que corresponde fijar a la Administración y que debe pagar el obligado tributario, e indemnización por la comisión de un delito, que debe determinar el tribunal en la sentencia y cuyo pago corresponde al condenado, por lo que estima que el hecho de haber abonado el acusado la responsabilidad civil derivada de los delitos por los que fue condenado con fondos del RBBSAD implicaría un supuesto de

apropiación indebida.

Séptimo.- Este Tribunal acepta la alegación de la defensa referida a la no concurrencia de continuidad delictiva en los tres hechos mencionados en los ordinales anteriores: pago de acciones mediante endoso de los pagarés librados al efecto por FARUSA, operación Roberto Ríos y abono de la responsabilidad civil derivada de la condena por delitos contra la Hacienda Pública. Esta valoración, como luego veremos, tendrá una importante trascendencia a la hora de determinar la prescripción de los posibles delitos individualmente considerados.

En la Sección 2ª, Cap.II.Tít III del Libro I del Código Penal se recogen como reglas especiales para la aplicación de las penas:

Artículo 73

“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”.

Artículo 74

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

Para que se aprecie un delito continuado, se requieren los siguientes requisitos (SSTT 367/2006, de 22 de marzo y 523 y 1253 de 2004):

a) Pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales.

b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de las mismas.

c) Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía.

d) Concurrencia del elemento normativo de identidad o semejanza del precepto penal infringido, esto es, que todos ellos se dirijan a tutelar el mismo bien jurídico y tengan como sustrato una identidad de normas.

e) Unidad de sujeto activo.

f) Homogeneidad en el "*modus operandi*" por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines".

De no darse tales condiciones, las acciones deben sancionarse de forma separada, y ello porque, en definitiva, lo que permite hablar de un delito al que darle un tratamiento único reside en que exista un "*dolo unitario*" o "*de continuidad*", designio común, merced al cual las distintas acciones homogéneas realizadas en distintos momentos temporales, se reducen a una unidad y como tal deben ser tratadas. Esto es, no existe un dolo autónomo, renovado en cada acción delictiva, en el que se inicia y consuman los distintos delitos, sino un único proyecto criminal que se va realizando a lo largo del tiempo.

En el presente caso, no podemos hablar de continuidad delictiva ni de un dolo

unitario pues nos encontramos con tres actuaciones presuntamente delictivas de apropiación de dinero ajeno, claramente separadas en el tiempo, que responden a distintos motivos no relacionados entre sí.

Se trata de actos aislados, no sólo por su forma de ejecución y finalidad, sino también por el transcurso de un espacio temporal extraordinariamente amplio entre cada una de las acciones examinadas; años de distancia que evidentemente rompen la continuidad delictiva. Así, el endoso de acciones se produce el 7 de abril de 1995, la operación Roberto Ríos en julio de 1997 y el pago de la responsabilidad civil en mayo 2005.

Consecuencia de ello, debemos considerar prescritos los hechos relativos a los pagarés de FARUSA y a la operación Roberto Ríos, puesto que, habiéndose presuntamente ejecutado en las fechas antes indicadas, la denuncia del M^o Fiscal se presentó en el Juzgado, que es el momento considerado por la jurisprudencia para interrumpir la prescripción (art. 132 CP), el 14 de marzo de 2008, por lo que se había superado el plazo para declarar su prescripción penal.

Sea cual sea la fecha que tomemos para estimar interrumpida la prescripción de los citados hechos presuntamente delictivos (la presentación de la denuncia o su admisión a trámite en el Juzgado), habían transcurrido más de los 10 años establecidos en el art. 131 del Código Penal para apreciar esta causa de exención de responsabilidad criminal para delitos de apropiación indebida agravada por la especial importancia de la suma defraudada y perjuicio a una generalidad de personas, castigados con pena de 1 a 6 años de prisión (art. 250.6 del Código Penal vigente en la fecha de dichos hechos).

Por tanto, de estimarse dichas acciones constitutivas de delito de apropiación indebida, deben declararse prescritas, por lo que no cabe pronunciamiento condenatorio con base a las mismas.

No ocurre lo mismo con la cuestión relativa al pago de la responsabilidad civil por importe de 489.000.000 de pesetas que podía haberse derivado de los delitos contra la Hacienda Pública por los que fue condenado Manuel Ruiz de Lopera en sentencia de conformidad de fecha 14 de diciembre de 2005, pues este tuvo lugar en mayo de 2005.

La responsabilidad penal que podría derivarse de tal pago tendría su justificación, a decir de la acusación particular, en la jurisprudencia existente en el momento en que se producen los hechos, según la cual lo abonado no fue la deuda tributaria que correspondía haber satisfecho al RBBSAD por el impuesto de sociedades correspondiente a los ejercicios 1997/1998 y 1998/1999, sino la responsabilidad civil derivada de la comisión de los delitos contra la Hacienda Pública por los que fue condenado el acusado Manuel Ruiz de Lopera y, por tanto, a él correspondía su desembolso.

Es diferente, según dicha acusación, la deuda tributaria, que corresponde fijar a la Administración y que debe pagar el obligado tributario, y la indemnización por la comisión de un delito, que debe determinar el Tribunal sentenciador y cuyo abono corresponde al condenado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras la sentencia de 3 de diciembre de 1991, venía señalando que la deuda tributaria defraudada en los supuestos de delito fiscal no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal; es aneja al delito y ha de imponerse en la sentencia al responsable del mismo cumpliendo lo que disponen los arts. 109 y ss. del Código Penal, sin que el procedimiento administrativo impida exigir esta responsabilidad, dado que el pronunciamiento penal no sólo corta la posibilidad de una segunda sanción por vedarlo el principio *non bis in idem*, sino que provee a la Hacienda Pública de un nuevo y único título -judicial- para hacer efectiva la deuda

tributaria.

Conforme a dicho criterio, se considera la reintegración de los conceptos tributarios defraudados en los supuestos de delito fiscal como un problema de responsabilidad civil derivada de delito. Doctrina que, aunque fue asumida por la mayoría de los Tribunales, tuvo algunas excepciones, como fue el caso de la sentencia de la Sección 4ª de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2000, en la que se decía que *“a juicio de este Tribunal, la responsabilidad de la entidad, debería ser solidaria y no subsidiaria, dado que la actuación de la persona física lo es en nombre de la persona jurídica”*, y además, fue muy cuestionada por la doctrina por cuanto no tiene en cuenta las distintas fuentes de las obligaciones contenida en los arts. 1089 y ss. del Código Civil, pues convierte lo que era una responsabilidad ex lege en responsabilidad por daño, y obliga a tomar como punto de referencia la normativa sobre responsabilidad civil derivada de delito (arts. 109 y ss. del Código Penal) y los arts. 100, 108, 111 y 112 de la L.E.Cr., que establecen competencia incidental de la jurisdicción penal para conocer de las cuestiones civiles resarcitorias conexas a los delitos patrimoniales de resultado lesivo, pareciendo un contrasentido el cambio de naturaleza de la fuente de dicha obligación, que de ser por imperativo legal se trasmuta en obligación por daño.

Siguiendo esta dirección jurisdiccional, la responsabilidad que podría reconocerse a la sociedad cuyo administrador es declarado culpable de delito contra la Hacienda Pública por el impuesto de sociedades es la establecida en el art. 120.4 del Código Penal, según el cual *“son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente....las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”*, con lo que viene a considerarla como subsidiaria en contra de lo establecido en el ya derogado art. 40.1 de la LGT., según el cual: *“Serán responsables subsidiariamente de las infracciones Tributarias simples y de la*

totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posible tales infracciones”.

Las disparidades antes indicadas, han quedado solventadas en la actualidad, desde el momento en el que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del delito contra la Hacienda Pública y, en términos parecidos podemos decir para la época en que se producen los hechos ahora examinados (mayo de 2005), cuando tras la modificación de la LGT introducida por la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, se establece en el art. 42.1 a) que *“serán responsables solidarios de la deuda tributaria las... personas o entidades... que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción”*. Asimismo, en el art. 43.1 a), cuando se habla de los responsables subsidiarios se dice que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del ap. 1 del art. 42 de esta ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones”*. Igualmente, apuntaba en el mismo sentido, de considerar solidaria con la de las personas jurídicas la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho de sociedades en los casos de participación en la infracción, la reforma del Código Penal operada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, en la que se abordaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al introducir el art. 31.bis, en cuyo apartado 2 se establecía que *“cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y*

solidaria".

Como consecuencia de la anterior consideración, y del hecho real de no haber sido condenado el acusado Sr. Ruiz de Lopera a responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública en sentencia de fecha 14 de diciembre de 2005, donde, incluso, se habla expresamente de "*responsabilidad civil del Real Betis Balompié S.A.D.*" (f. 13.138), y habiendo sido dicho acusado quien, por otro lado, ha satisfecho personalmente las multas que le fueron impuestas, no estimamos que en la actuación examinada haya incurrido en apropiación indebida, y menos cuando no existe reclamación alguna por parte de la entidad para la que prestaba sus servicios y ser lo reclamado por la acusación particular la cuantía de la cuota tributaria que debería haber abonado la citada SAD de haber declarado correctamente los impuestos de sociedades que le incumbían, por lo que no se aprecia ánimo de beneficio económico en la actuación del acusado y, en todo caso, la responsabilidad que pudiera reclamársele debe circunscribirse al ámbito societario o civil y no al penal.

Octavo.- En cuanto al delito de administración desleal, como antes indicamos, es de aplicación el art. 295 hoy derogado tras la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, por ser la pena aplicable más beneficiosa para los acusados. Dicho precepto, a la vista de la nueva redacción ofrecida por el art. 252 del Código Penal actual, castiga a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicio al patrimonio administrado, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico.

El M^o Fiscal califica los mismos hechos, aunque referidos únicamente a la actuación de los acusados a través de ENCADESA y TEGASA en los años 1.999 a 2.008, como delito de apropiación indebida; calificación con la que mostramos nuestro desacuerdo al estimar que no ha existido un apoderamiento definitivo de dinero o activos de la entidad perjudicada (RBBSAD), que como antes señalábamos constituye el elemento diferenciador de dicho delito con el tipificado en el art. 295 antes aludido.

La existencia de este delito vendría referida a los contratos suscritos por el RBBSAD con las sociedades TEGASA y ENCADESA (a través de ellos el RBB cedió a estas sociedades la exclusividad de negociar, firmar, gestionar y cobrar todos los ingresos que pudiera generar el RBB por el desarrollo de la práctica del fútbol de competición) cuando ostentaba el acusado, Manuel Ruiz de Lopera Avalos, tanto la condición de Presidente, Consejero Delegado y socio mayoritario del RBBSAD a través de FARUSA, como la administración de hecho de TEGASA y ENCADESA, que pertenecían al mismo y a personas con él vinculadas por relación familiar y de amistad.

Dichas relaciones se inician con el denominado contrato de arrendamiento y prestación de servicios de fecha 30 de abril de 1993 firmado, en nombre del RBB, por José León Gómez y, en representación de TEGASA, por Francisco Javier Páez Ruiz como administrador único de esta sociedad, si bien la dirección y poder de disposición de la misma la ostentaba el Sr. Lopera, como él mismo reconoce en el acto de juicio oral.

El mencionado contrato, que después fue sustituido por el suscrito con ENCADESA (igualmente dirigida por el Sr. Lopera) el día 23 de julio de 1999, tenía como finalidad, según su exposición de motivos, otorgar la garantía para dicho Club de la obtención de unos ingresos mínimos que capaciten y aseguren la subsistencia

del mismo en la elite del fútbol, logrando asimismo la difícil meta del equilibrio presupuestario, y surgen como consecuencia de la situación deficitaria que presentaba el RBB cuando accede al cargo de Consejero Delegado del Club Manuel Ruiz de Lopera.

Según la declaración complementaria efectuada por Hugo Galera Davidson (f. 9563 y ss) *“en el año 1992 se vive en el seno del Real Betis Balompié una situación económica bastante difícil, como consecuencia de los siguientes factores:*

1.- Déficit acumulado correspondiente a ejercicios o temporadas anteriores:

Con ocasión del Mundial de Fútbol celebrado en España (1982), el RBB había tenido que afrontar una fuerte inversión en la remodelación del Estadio, a fin de adaptarlo a la estructura dictada por la Federación Española de Fútbol, que permitía cumplir con los requisitos igualmente exigidos por la FIFA, y así no perder la oportunidad de la celebración de distintos partidos internacionales en el Estadio Benito Villamarín.

Dicha inversión ocasionó una deuda inasumible por las juntas Directivas y masa social de aquél entonces.

Posteriormente y con ocasión de la Directiva presidida por Don Gerardo Martínez Retamero, se lleva a cabo una "huida hacia adelante" y se fichan jugadores de relieve internacional que, por circunstancias ajenas a la gestión de la Directiva, no responden al objetivo marcado. Ello hace que se produzca un vaivén de nuevos fichajes con el consiguiente aumento de la deuda.

En un intento a la desesperada para generar ingresos con los que abordar las obligaciones económicas, la Directiva presidida por D. Gerardo Martínez Retamero suscribe con Proinsur, S.A. contrato privado de compraventa, a virtud del cual el RBB

vendía el estadio "Benito Villamarín" a dicha entidad, percibiendo como pago de parte del precio la suma de 300 M/ptas.

2. Pérdida de categoría:

La situación económica heredada, con una alta deuda acumulada de temporadas anteriores, hace que la Junta Directiva presidida por mi (1989), ante el inminente proceso de conversión de los clubes en SAD ya anunciado en el año 1.990, implante una política de control del gasto para la minoración de la deuda acumulada, elaborando un Presupuesto austero para las temporadas 1.989-1.990, y sin inversiones significativas en nuevos fichajes. Esta política económica necesaria en aquellos momentos, y acertada en cuanto a la finalidad financiera perseguida, no se vio acompañada de suficientes éxitos deportivos. En la primera temporada se ascendió a Primera División y en la segunda se pierde la categoría, descendiendo a Segunda División. Este hecho hace que la situación económica se vea agravada nuevamente, ante la reducción de los ingresos que suponía la Segunda División.

3.- Conversión en SAP:

Temporada 1.991-1.992: Con el RBB en Segunda División, y con una deuda acumulada de 3.000 MM de pesetas (aprox.), se debían afrontar dos hitos importantísimos:

a) Plan de Saneamiento:

Con la nueva normativa aplicable al Fútbol profesional, y como trámite previo al proceso de conversión en SAD, el Estado se haría cargo de gran parte de las deudas de los Clubes de Fútbol en el llamado Plan de Saneamiento. Para poder acogerse a este Plan, los clubes debían de afrontar previamente el pago de una parte de su deuda pública, no asumible por el Estado. En este caso, el RBB debía

abonar la suma de 308 M/ptas., en los dos primeros meses de 1.992.

b) El CSD, a través de la LNFP, procedió a fijar el capital social de las futuras SAD y que los clubes de fútbol debían suscribir para su transformación, siendo el plazo máximo para ello el día 30 de junio de 1.992.

La cuantía del capital venía fijada por la diferencia existente entre la deuda total del club, menos la parte asumida por el Estado en el llamado Plan de Saneamiento. En el caso del RBB el capital social a suscribir ascendía a 1.175 MM de pesetas. El segundo mayor de España, detrás del At. Madrid.

Si algún club no se transformaba en SAD, descendía a Segunda B; en el caso del RBB hubiese significado su desaparición.

En resumen, la situación con la que se encuentra la Junta Directiva que presidía era la siguiente:

El equipo de fútbol en Segunda División.

Una deuda acumulada de 3.000 MM de pesetas, (aprox.).

Pérdida del Estadio Benito Villamarín, por su anterior venta.

Necesidad de pagar 308 MM de pesetas para entrar en el Plan de Saneamiento.

Necesidad de suscribir 1.175 MM de pesetas para su conversión en SAD.”

Como señala el informe del perito Sr. Garrido (f 10.242 y ss):

“Antes de transformarse el Club en Sociedad Anónima Deportiva, al cierre de la temporada 1990/1991, el Club tenía unos Fondos Propios negativos que ascendían a 14.537 miles de euros (equivalente a 2.418.732 miles de pesetas)

El día 1 de julio de 1992, es decir, cuando se inicia la temporada 1992/1993 se arranca con unos Fondos Propios negativos de 666 miles de euros (equivalente a 110.781 miles de pesetas)... Es de destacar que los Auditores en la temporada 1991/1992 “emitieron su informe en el que expresaron una opinión DENEGADA motivada por determinadas incertidumbres y circunstancias”. Y que dentro del apartado “10.BANCOS E INSTITUCIONES DE CREDITO” en relación a las conclusiones sobre el trabajo realizado los auditores destacan entre otras:

“Por la información de los extractos bancarios hemos detectado que existen tres cuentas corrientes, Monte de Piedad (Innominada), Banco de Andalucía (varios directivos) y Banco de Sabadell (varios directivos) cuya titularidad no es del Real Betis Balompié”

Este hecho es consecuencia de la infinidad de procedimientos ejecutivos y embargos a que venía estando sometido el Club, consecuencia de su difícilísima situación económica.

Durante las temporadas 1991/1992 a 1993/1994 el RBBSAD estuvo sometido a gran número de procedimientos ejecutivos que derivaron en el embargo de: 1) devoluciones a su favor reconocidas por la AEAT (expediente número 053098.2), 2) recaudación de los ingresos obtenidos en la taquilla por venta de entradas para asistir a partidos celebrados en su estadio (en particular los celebrados los días 17 de junio de 1992, 16 de febrero de 1994 y 15 de mayo de 1994), 3) cuentas corrientes (Diligencia de embargo de 28 de abril de 1994); 4) derechos de cobro frente a: la Liga de Fútbol Profesional (Diligencia de fecha 19 de julio de 1993), empresas cuya publicidad se muestra en las camisetas de los jugadores, Canal Sur

TV y publicidad en vallas del estadio (Diligencia de fecha 25 de mayo de 1994) .

Además, durante dichas temporadas se interpusieron numerosas demandas contra el RBBSAD de reclamación de cantidad. A título de ejemplo, cabe citar la demanda planteada por la Cía. Sevillana de Electricidad, S.A. motivada por el impago del RBBSAD de las obras de construcción de una línea eléctrica aérea de baja tensión para la alimentación eléctrica del campo de deportes “Los Bermejales”, presupuestadas en el año 1.990, que concluyó con la condena del RBBSAD al pago de las cuantías pendientes mediante Sentencia de 29 de octubre de 1992 y con la comunicación de la entidad reclamante de la suspensión del suministro eléctrico desde el 10 de diciembre de 1992 por el impago de 3.053,90 euros (equivalente a 508.126 pesetas). Así como las reclamaciones planteadas por técnicos, jugadores y resto de personal del RBBSAD tanto por el impago de cuantías como por despidos improcedentes”.

Pues bien, es en este contexto en el que Manuel Ruiz de Lopera decide asumir la dirección del RBBSAD y se suscribe el contrato de 30 de abril de 1993 con TEGASA, con el que se quiere reconducir la situación y sacar al Club de la sima económica en la que se hallaba mediante una gestión externa, asumida por una entidad dirigida y perteneciente al acusado y a personas de su círculo familiar y amistad, orientada a evitar el riesgo de bloqueo económico del RBB que representaba el embargo de los ingresos de la actividad deportiva y la dificultad de obtener créditos de entidades bancarias. Se pretendía, además, reducir los costes fiscales de jugadores así como poder explorar otras posibilidades de ingresos (informe Sr. Garrido). Como se dice en el contrato que pone fin a las relaciones del RBB con las citadas sociedades de fecha 31 de agosto de 2007, el propósito pretendido con su suscripción fue *“optimizar costes laborales de técnicos y jugadores, así como mejorar el desarrollo económico y financiero de la entidad”*.

En palabras del propio Manuel Ruiz de Lopera (f 10.857 y ss), *“en el año 1993*

el manifestante decidió que el RBB firmara un contrato de gestión con la entidad (TEGASA) que era perteneciente a su grupo de empresas. Existieron dos razones que motivaron la firma de este contrato, la primera de ellas fue los problemas de liquidez que tenía la entidad deportiva, toda vez que las entidades bancarias no concedían líneas de crédito en general a todos los clubs de fútbol y particularmente, a consecuencia de su reciente historial económico, al RBB.

Con la entrada de TEGASA y, posteriormente, ENCADESA lo que se conseguía es que las entidades financieras, debido a que detrás de ésta sociedad estaba el grupo empresarial del manifestante, si concedían líneas de crédito, descuento de pagarés, pólizas de créditos y líneas de aval. De esta manera TEGASA ponía a disposición del RBB su capacidad financiera, lo que le permitía poder hacer nuevos fichajes o disponer de fondos que hasta ese momento tenía en papel.

Que el segundo motivo para firmar el acuerdo de gestión con TEGASA fue la protección de la cantera deportiva, esta protección se prestaba al firmar esta mercantil los contratos de patrocinio con los jugadores de la cantera, lo que permitía que éstos pudiesen ser cedidos a otros clubs en caso de que su rendimiento deportivo no se ajustase a las expectativas.

Además, los jugadores profesionales firmaban un contrato federativo con el club y un contrato de imagen con TEGASA. Que los porcentajes que se corresponden con cada contrato han cambiado a lo largo del tiempo. De esta manera el club quedaba protegido ante posibles conflictos jurídicos con los jugadores en caso de incumplimiento por parte del jugador, ya que en caso de que surgiera este conflicto se podrían dirimir con TEGASA, quedando el RBB a salvo de cualquier sanción federativa o costes de un litigio en caso de denuncia por parte del jugador.

Otro de los motivos que llevaron a la firma del contrato con TEGASA fue la intención de proteger al club ante posibles reclamaciones de deudas y embargos por

parte de diferentes organismos como ayuntamientos o diputaciones o cualquier otro tipo de acreedores. Esto permitía una posible negociación entre las partes evitando el bloqueo de los fondos con embargos preventivos”.

Para dicha finalidad, el RBB arrendaba a TEGASA, y lo mismo, después, a ENCADESA, sus instalaciones, derechos y servicios a cambio de que esta asumiera el pago de determinadas cantidades. Así mismo el RBB les cedía la exclusividad de “negociar, firmar, gestionar, y cobrar todos los ingresos” que pudiera generar el RBB por el desarrollo de la práctica del Fútbol de competición.

Como contraprestación a la gestión de todos los citados derechos, TEGASA (como después ENCADESA), en garantía del cumplimiento del presupuesto anual del RBB, debería atender los pagos que el RBB le fuera indicando mediante notificación mensual, debiendo aquella abonar directamente los conceptos que en dicha carta se indicaran, aportando con posterioridad al RBB los justificantes de dichos pagos. Pagos que serían hasta un importe máximo que variaría según las temporadas, a lo que se sumaría otra cantidad variable según los beneficios obtenidos y otras prestaciones en especie (gastos por viajes, camisetas etc...).

A estos contratos se añadieron otros relativos a los derechos de imagen, arrendamientos del Estadio y de la Ciudad Deportiva, otorgamiento de opción de tanteo y retracto sobre transmisión de jugadores y derecho en caso de rescisión unilateral de jugadores, así como se modificaron las condiciones de pagos inicialmente establecidas, como también, su forma de liquidación. En síntesis, dichas sociedades se encargaron de la gestión económica del RBBSAD.

Novena.- Manuel Ruiz de Lopera Avalos, en su condición de Consejero Delegado, tenía otorgadas plenas facultades por el Consejo de Administración del RBBSAD, salvo las indelegables, y concretamente llevaba la gestión diaria del club tomando en exclusiva las decisiones de tipo económico y deportivo, si bien, respecto

de estas, era asesorado por los directores deportivos (decls. Manuel Castaño f 10.853 y ss; Rufino González Navarro f 10.862; Jaime Francisco Rodríguez Sacristán Cascajo f. 10864; Juan Luis Aguado de los Reyes f.10871 y otros...). Como el propio acusado afirma, llevaba la dirección del Club personalmente, siendo él quien decidió la celebración de los contratos con Tegasa y Encadesa sin previa autorización del Consejo de Administración del RBBSAD, si bien, si tuvo conocimiento de ellos posteriormente, como se hace constar en el relato de hechos probados, sin que opusiera nada a su contenido y desarrollo; incluso, algunos de los vocales los consideraron como beneficiosos para el Club, tales como Manuel Castaño Martín y Jaime Francisco Rodríguez Sacristán, y todos los miembros del Consejo de Administración estaban de acuerdo con el modelo de gestión diseñado por el Sr. Ruiz de Lopera (decl. en plenario de Rufino González Navarro y otros), además de conocer que las sociedades gestoras (TEGASA y ENCADESA) pertenecían a Ruiz de Lopera y personas vinculadas con él, como así era de público conocimiento en los medios de prensa y así se ha puesto de manifiesto por la mayoría de los testigos en el acto de juicio oral.

La aprobación de la forma de gestión del RBB llevada a cabo por el Sr. Ruiz de Lopera es igualmente afirmada por D. José Antonio González Flores al contestar, en su condición de Gerente del RBBSAD, al requerimiento que le efectuó la Fiscalía el 19 de febrero de 2008, diciendo en sus conclusiones que *“todos los contratos y documentos complementarios aportados, que han sido anualmente auditados, recogen el conjunto de relaciones desarrolladas a lo largo de nueve años, que describen el modo en que el RBBSAD ha sido gestionado, mediante la participación de otras dos sociedades, conforme a los acuerdos adoptados por los órganos rectores de la entidad y que fueron aprobados por sus Juntas anuales”*

Del mismo modo, José Luis Aguado de los Reyes manifestó que *“Manuel Ruiz de Lopera, como Consejero Delegado, tenía las facultades necesarias para realizar tales gestiones”*, refiriéndose a los contratos examinados.

Nos encontraríamos, en esencia, ante verdaderas autocontrataciones en las que la coincidencia de los consentimientos necesaria para la perfección del contrato habría sido sustituida por la voluntad de una sola persona actuando por las dos sociedades contratantes las cuales dirige y administra.

En nuestro Derecho se admite, en general, la posibilidad del auto-contrato. Únicamente sería inadmisibles dicha figura si existieran disposiciones legales que expresamente la prohibieran, o cuando, sin existir estas disposiciones prohibitivas expresas, el supuesto fuera generador de un posible conflicto de intereses entre representante y representado o representados. En todo caso, será posible el auto-contrato aun existiendo conflicto cuando la persona que pueda sufrir el perjuicio lo consienta expresamente o medie autorización del representado.

Esta autorización puede ser genérica o específica, pero debe deducirse de manera inequívoca y ser en principio expresa, aunque también se admite que pueda formularse tácitamente (art. 1311 CC).

Por otra parte, el auto-contrato celebrado sin licencia, cuando fuera necesaria, podrá ser posteriormente ratificado por el interesado, de suerte que la sanción del auto-contrato no es la de nulidad, a la que se refiere el 6.3 del Código Civil, sino la del artículo 1259 del mismo Código, pudiendo ser concedida con posterioridad al contrato (SSTS de 12 de junio y 29 de noviembre de 2001).

La doctrina científica y jurisprudencial pone de manifiesto, con carácter general, que el autocontrato será válido cuando no exista conflicto de intereses entre representante y representado, o cuando medie autorización previa para autocontratar o, en su defecto, ratificación o asentimiento posterior del dominus negotii (STS 22 diciembre de 2001), que es lo sucedido en el presente caso, en el que si bien los denominados contratos de arrendamiento de servicios y gestión económica, así como

sus modificaciones y ampliaciones, y contratos de arrendamiento no fueron autorizados previamente, sí fueron conocidos, consentidos y aceptados por los miembros del Consejo de Administración del RBBSAD, como así se desprende de sus manifestaciones en el plenario; e igualmente, los contratos fueron puestos en conocimiento de la Junta de Accionistas sin que haya existido oposición y, menos aún, impugnación durante el largo periodo de tiempo en que dirigió dicha entidad el acusado Sr. Ruiz de Lopera.

Por otro lado, dichos contratos eran admisibles conforme el art. 20.2 del Real Decreto Ley 1251/99, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas, que autoriza las transacciones de la sociedad con sus administradores, directivos o accionistas significativos, añadiendo en su punto 3º que, *“a estos efectos, se entenderá por transacción toda transferencia o intercambio de recursos u obligaciones u oportunidad de negocio con independencia de que exista o no un precio por esa operación”*.

Ciertamente, el autocontrato determinante de conflicto de intereses no es admitido en la legislación actual, tras la reforma de la T.R.L.S.C por la Ley 34/2014, de 3 de diciembre, en cuyo artículo 228 recoge, entre las obligaciones del administrador derivadas del deber genérico de lealtad, la prohibición de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad (art. 229). Precepto que no es aplicable al caso enjuiciado.

Ahora bien, una cosa es la licitud de la autocontratación y otra que el acusado Sr. Ruiz de Lopera haya actuado con el deber de diligencia que le era exigible, pues no sería admisible que hubiera actuado con abuso de las funciones que tenía encomendadas en perjuicio de la entidad mandante. El acusado, como administrador

del RBBSAD, estaba obligado a defender los intereses de la misma, a actuar como un representante leal - según exigía el artículo 127 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en la redacción originaria - y, por ello – siguiendo las exigencias de la buena fe-, a comunicar al Consejo de Administración la contratación realizada con TEGASA y ENCADESA y los distintos contratos en que se desarrolló su actuación, además de realizar su gestión en provecho de la sociedad a la que administraba, evitando las operaciones en que los intereses colisionaran. Esta comunicación existió, si bien con posterioridad a la contratación. Los vocales del Consejo de Administración y la Junta de Accionistas tuvieron conocimiento de los contratos y de la titularidad real de las empresas que realizaban la gestión económica, sin que, por otra parte, quepa apreciar perjuicio para el RBB como razonaremos seguidamente.

Décimo.- Como afirma el M^º Fiscal, y en ello mostramos nuestra aquiescencia, los distintos contratos suscritos por TEGASA y, añadimos, por ENCADESA con el RBBSAD no fueron simulados, sino reales, con causa cierta y verdadera a tenor de lo dispuesto en los arts. 1274 y ss del Código Civil; precepto según el cual *“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”*.

Nos encontramos con un caso de contrato de mandato o gestión de negocios ajenos en el que el RBB cede sus recursos económicos para su explotación y gestión, primero a TEGASA y después a ENCADESA, las cuales obtienen por tal servicio una remuneración condicionada a la consecución de unos beneficios mínimos que debían garantizar la actividad del RBB en la élite del deporte profesional.

Como apunta la Agencia Tributaria en Informes de Anexos del Tomo 34 en

relación a TEGASA y a los contratos suscritos, *“la actividad realizada por TEGASA supone gestión de asuntos ajenos (de los del Real Betis Balompié)... El contrato no supone la transmisión siquiera fiduciaria de los mismos, sino que lo que realmente pretenden las partes mediante dicha fórmula es plasmar la autorización que la entidad deportiva concede a TEGASA para que pueda firmar contratos en nombre propio con terceros, y por tanto percibir directamente los importes económicos resultantes, sobre asuntos que de otra manera sólo podría firmar y percibir el propio Real Betis Balompié... La ajénidad queda aún más de manifiesto cuando en la firma por TEGASA de los contratos con terceros aparece también la firma del RBB....”* Y concluye que *TEGASA debía de tributar por la comisión que percibiera de dicha gestión y el RBB por todo el resultado de su actividad deportiva”*.

Texto que describe la realidad de las relaciones jurídicas y económicas del RBBSAD y las sociedades TEGASA y ENCADESA, y pone de manifiesto el carácter remuneratorio de la gestión encomendada a dichas entidades, cuyo importe no ha sido cuantificado, pero que justifica algunos gastos cuyo abono debe imputarse a esas sociedades y no al RBBSAD como realiza el M^º Fiscal en su escrito de acusación (contratos de arrendamiento de ENCADESA con FARUSA y FRIGIMUEBLE, obras de la calle Antonio Martelo etc...), pues derivaban de los beneficios que obtenían dichas entidades por la gestión asumida de los recursos del RBBSAD.

La admisión de remuneración va a afectar de lleno a la determinación del posible perjuicio causado, que constituye un elemento objetivo del delito de administración desleal, como también del delito de apropiación indebida que es como califica los hechos el M^º Fiscal, por cuanto produce una indeterminación sobre los beneficios financieros que deben tenerse en cuenta para su cuantificación, ya que los obtenidos, lógicamente, responden a inversiones realizadas con dinero propio de la actividad deportiva del RBBSAD y también con el ganado por TEGASA y ENCADESA con los contratos.

Inconcreción que se hace aún más evidente si tenemos en cuenta que la acusación limita los beneficios obtenidos ilícitamente a los resultantes de los atrasos en los pagos de sus obligaciones con el RBB u otros proveedores, puesto que no son sólo éstos los que se han tenido en cuenta por los peritos judiciales para fijar el posible perjuicio causado al Betis, cuyo importe acogen las acusaciones (el Mº Fiscal sólo los recibidos por ENCADESA), sino también, los obtenidos durante la vida de los contratos aunque no derivaran de dichos retrasos e incumplimientos puntuales de las liquidaciones periódicas o anuales a que se habían obligado en los contratos.

A dichos datos, que van a implicar una clara indeterminación del posible perjuicio sufrido por el RBBSAD como consecuencia de la gestión analizada, se añade otro motivo de reducción del perjuicio apreciado por los peritos judiciales para el RBB y consiguiente beneficio de las sociedades contratadas, cual es el señalado por la defensa de Manuel Ruiz de Lopera en su escrito de 23 de octubre de 2013: el pago del impuesto de sociedades soportado por TEGASA y ENCADESA durante los 16 años en los que han llevado a cabo la gestión económica del RBB, ya que, evidentemente, sus posibles beneficios se vieron minorados por el importe del impuesto efectivamente soportado y, de igual modo, deberían minorar el importe del perjuicio supuestamente sufrido por dicha entidad deportiva, pues de no haber existido la intervención de la citadas sociedades el beneficio declarado a favor de éstas lo habría obtenido el RBB y, entonces, debería haber soportado la carga tributaria correspondiente al importe de dicha ganancia obtenida directamente, con la consiguiente minoración del beneficio obtenido en dicho periodo de tiempo.

Si, como señalan los peritos, la suma de los beneficios de TEGASA y ENCADESA entre las temporadas 1993/1994 a 2007/2008 asciende a 22.734.363,89 de euros (f.19.525), en la hipótesis objeto de la pericia -de no haber existido los contratos con TEGASA y ENCADESA- el RBB habría conseguido dicha cantidad más de beneficios y habría tenido que soportar la carga tributaria correspondiente a dicho

rédito, que siendo del 35% en los ejercicios 1993/1994/ a 2006/2007 y al tipo 32,5% en el ejercicio 2007/2008, hubiera supuesto una cuota superior a 5 millones de euros, si descontamos los ejercicios anuales 1998 y 1999 a los que se refiere la sentencia del Juzgado Penal 10 ya citada.

A ello hemos de añadir que el resultado de la pericia judicial se asienta en una hipótesis exenta de certidumbre objetiva que, como tal, no tiene por qué responder exactamente a la realidad de lo que hubiera sucedido en el caso de haber gestionado el RBB directamente sus recursos económicos. Efectivamente, los peritos judiciales dieron fiel respuesta al objeto de la pericia tal y como fue acordada por autos de 19 de marzo de 2008 y 4 de junio de 2008 (folios 992 y 1753); a saber, *“determinar los efectos en la situación económica, financiera y patrimonial del RBB, de TEGASA y de ENCADESA por los contratos de arrendamientos de servicios celebrados entre el RBB con cada una de las otras dos entidades en los últimos quince años, y por ende que se informe sobre cual habría sido la situación económica, financiera y patrimonial del RBB si estos contratos no se hubieran suscrito, debiendo determinar finalmente las cantidades que se hubiesen distraído de las arcas del RBB como consecuencia de la firma de los mismos”*. Más precisamente por ser hipotético el objeto propuesto, las conclusiones del informe pericial se sitúan en el terreno de la conjetura y tienen escasa virtualidad en sede penal. Decir que si no se hubieran celebrado los contratos no se habrían realizado determinados gastos que se califican como innecesarios (la catalogación de un gasto como necesario o innecesario se adentraría en la órbita de los criterios de gestión de una sociedad mercantil que supera el criterio subjetivo de los peritos) conduce hacia un escenario alternativo en el que se manejaría como criterio la necesidad del gasto independientemente de la persona que decide realizarlo, por lo que sería una verdadera presunción contraria a reo, que rechazamos sin ambages, afirmar que las sociedades gestoras hicieron gastos que el RBB no hubiera realizado.

De otro lado, desconocemos la posición que hubiera adoptado el propio

acusado y sus empresas a la hora de decidir garantizar o no los créditos que necesitaba el RBB y la compra de derechos federativos de jugadores por el RBBSAD; aval del Sr. Ruiz de Lopera y de sus empresas que influyó efectivamente en la concesión de los créditos y en la adquisición de jugadores. Así se desprende, entre otros, del informe de La Caixa de 4 de noviembre de 2008, sobre avales por importe de 39.212.000 euros, y de los avales asumidos personalmente por el Sr. Lopera (91.509.324.17 euros) y por sus empresas por importe de 8.181.743,90 euros (fs.16.984 y 16.985 y ss), sobre lo que luego abundaremos. Es claro, por tanto, que no podemos estimar acreditado el perjuicio apreciado por las acusaciones, y menos cuando de una situación deficitaria, como la mencionada anteriormente, se pasó a unos fondos propios ascendentes a 35.991.138,79 euros según las CCAA del RBB en la temporada 2007/08, considerando además que a la presente causa, como asimismo indica el Mº Fiscal, le es de aplicación la doctrina establecida, entre otras, en la Sentencia del TS nº 142/2007, de 12 de febrero, según la cual: *“La jurisprudencia de esta Sala de manera constante ha venido considerando que en el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusionismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto, y ello por la poderosa razón de no apreciarse la conducta lógica propia del delito de apropiación indebida cuyos verbos nucleares se refieren a la acción de hacer propios aquellos bienes que ha recibido de un tercero por los títulos a los que se refiere el art. 252 . Es el clásico ejemplo "de gabinete" el que se apropia de lo ajeno, cierra la mano haciendo suyos los efectos que el perjudicado le ha dejado para un fin concreto.*

En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS 173/2000 de 12 de Febrero, 1566/2001 de 4 de Septiembre, 2163/2002 de 27 de Diciembre, 930/2003 de 27 de Julio ó 1456/2004 de 9 de Diciembre”.

En el presente caso, el 10 de julio de 2003 las entidades TEGASA-ENCADESA, de forma unilateral y sin perjuicio de las obligaciones contraídas en los contratos que las vinculaban con el RBBSAD, firmaron un documento con el RBB que se ha venido a denominar “de retorno de beneficios”, en el que, entre otros particulares, ENCADESA asumía la obligación de entregar al RBBSAD, a la finalización o resolución anticipada del contrato de arrendamiento y prestación de servicios entre ambas de fecha 4 de julio de 2003, el 90% de los beneficios netos que por todo concepto pudiera obtener del precitado contrato.

Igualmente, a la luz de dicho contrato, si ENCADESA realizaba cualquier actividad ajena a la explotación del contrato y el resultado económico de dicha actividad fuera “beneficio”, o bien obtuviera cualquier tipo de ingreso, o generara cualquier tipo de plusvalía, entregaría al Club, a la finalización o resolución anticipada de dicho contrato, el 90% de los beneficios netos resultantes de los mismos, sin afectar las posibles pérdidas que pudieran derivarse del resultado negativo de alguna actividad determinada. La liquidación de beneficios se practicaría y se liquidaría al RBBSAD en doce pagos trimestrales a partir del momento en que se produjera la finalización o resolución anticipada del referido contrato.

En cumplimiento de estas estipulaciones, la liquidación del denominado retorno de beneficios tuvo lugar en documento de fecha 30 de junio de 2007, respecto a las temporadas 2003/2004 a 2006/2007, y de fecha 30 de junio de 2008 respecto de la temporada 2007/2008, acordando resolver los contratos que les vinculaban el 31 de agosto de 2007, con efectos al 1 de julio de 2008, y decidiendo practicar la liquidación que procediera sin obtención de beneficio alguno para ninguna

de las partes.

Para tal liquidación se elaboró un informe de auditoría contratado con la entidad Garrido Auditores S.L. por parte del RBBSAD e, igualmente, se emitió informe respecto a las sociedades TEGASA y ENCADESA por el auditor José Antonio Arribas del Barrio, referido a las cuentas anuales e informe de gestión del ejercicio 2007/2008, habiéndose llevado a efecto la citada liquidación el 11 de noviembre de 2008. Liquidación que fue aceptada por el Consejo de Administración del RBBSAD y por su Junta General, sin que respecto a la misma se haya formulado impugnación alguna. En consecuencia, existió una liquidación de los efectos económicos de la relación contractual asumida por los órganos de dirección y gestión del RBB.

Undécimo.- A los anteriores argumentos, que por sí solos justifican nuestra decisión absolutoria, hemos de añadir que no entendemos por qué el Ministerio Fiscal distingue entre el contrato de arrendamiento de prestación de servicios concertado con TEGASA y el suscrito con ENCADESA, pues su contenido es similar y su negociación y estampación fueron parecidos, ya que en ambos casos el conocimiento de los contratos por parte del Consejo de Administración del RBBSAD y de la Junta General de accionistas fue posterior, y subyacían idénticos intereses personales en ambas gestoras, aunque en un principio se incluyera en el capital de la nueva gestora unas sociedades interpuestas que desaparecieron al año del contrato y fueron sustituidas por entidades dirigidas por el Sr. Lopera y personas de su vínculo familiar y de amistad; todo ello a imagen y semejanza de lo que había ocurrido con TEGASA.

Según expone la acusación privada en su escrito de calificación, *“la función, naturaleza y mecánica era la misma que ya hemos visto con relación a TEGASA”*. Y los peritos judiciales señalan que ENCADESA, entidad dominada por el Sr. Ruiz de Lopera, de conformidad con lo expuesto en la primera parte del Informe pericial, fue la sucesora de TEGASA en la gestión de los recursos económicos del RBBSAD, no

obstante lo cual TEGASA seguía teniendo un papel importante en las relaciones del RBBSAD con el Sr. Ruiz de Lopera, pues TEGASA seguía vinculada al RBBSAD a través de los contratos sobre derechos de imagen suscritos con jugadores y técnicos que prestaban sus servicios al RBBSAD, al que estaban ligados por los denominados contratos federativos; así como a través de los denominados contratos de patrocinio suscritos con jugadores.

Además, el propio Ministerio Fiscal en sus conclusiones viene a contradecir su posición acusadora respecto a la actuación de los acusados a través de ENCADESA cuando afirma: *“Tras las liquidaciones efectuadas por los Administradores de ENCADESA, Sres. Lopera y Guillermo Molina, al Club, entendemos que procede aplicar a la gestión de ENCADESA que éstos últimos realizaban, las valoraciones realizadas en la anterior etapa de TEGASA respecto de la realidad y acreditación de la gestión, con asunción de las obligaciones de afianzamiento y pago objeto del contrato en beneficio del Club como se ha acreditado en juicio oral con la plural prueba practicada”*. Igualmente, alude a la similitud de los contratos concertados con ENCADESA y TEGASA cuando, al discrepar de la pericial judicial, dice que *“la misma se sitúa en el ámbito de la ficción: si el objeto de su pericia han sido los flujos financieros entre el RBB y TEGASA o ENCADESA, tan importante era conocer los fondos que tras la gestión volvían al RBB, como afirmaba el Sr Velasco en sesión del 14-9, como los que no volvían, es más consideramos que lo trascendente a los fines del delito investigado, era conocer la utilización o destino por TEGASA y ENCADESA de los fondos que no volvían, a fin de determinar su uso a los fines encomendados en los contratos y en beneficio de la actividad deportiva o por el contrario, si lo fueron en beneficio propio de las gestoras mediante diferentes modalidades de desvío o distracción”*. Concluyendo que *“carecemos de una prueba pericial consistente y concluyente que avale la existencia de desvíos de cantidades por las sociedades gestoras, o de descapitalización del Club mediante salida injustificada de fondos al patrimonio de las sociedades gestoras, de las vinculadas o de sus Administradores”*.

Ante estas afirmaciones, y ante el hecho de que anualmente se informaba al Consejo de Administración y Junta General sobre la existencia, desarrollo y evolución de los contratos, con auditoría de las cuentas en términos similares a los que se habían utilizado anteriormente con TEGASSA, y vista la ausencia de prueba que acredite la realidad de un perjuicio económico ni de otra índole al RBB por parte de las gestoras, no estimamos justificada la condena que se solicita, por lo que debemos resolver en el sentido ya indicado y absolver a los acusados de los delitos por lo que vienen acusados.

Conviene señalar que la relación que vincula al RBB con TEGASA y ENCADESA era remuneratoria, por lo que, salvo prueba en contrario, es lógico deducir que las relaciones económicas que pudieran tener estas sociedades con otras, sean del ámbito de poder del Sr. Lopera o ajenas al mismo, son resultado de su propia actividad mercantil, y en este sentido nos referimos al alquiler y obras de reparación del inmueble sito en la calle Antonio Martelo de esta ciudad, que bien pudo tener como causa la indicada por el acusado Guillermo Molina, esto es, la necesidad de adaptación y ampliación de un local como oficina del Betis durante la ejecución de las obras de ampliación del Estadio. Del mismo modo, el resto de disposiciones a favor de empresas del Grupo bien pudo ser fruto de la libertad de decisión de sus administradores.

En todo caso, como señala la sentencia del TS de 17 de julio de 2006 *“Los acuerdos que se produzcan en este restringido ámbito, se rigen por la absoluta libertad de mercado, con tal de que tales pactos contractuales se instrumentalicen en cláusulas que sean conocidas y aprobadas por los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles en donde se conciertan, y sean adecuadamente fiscalizadas por los órganos de control -internos o públicos-, y desde luego, aprobados por la junta general de accionistas, como máximo órgano de gobierno de toda sociedad. En definitiva, transparencia y aprobación social son elementos que impedirán la*

actuación del derecho penal en materia de retribuciones a directivos. El derecho penal no puede dar un salto frente a la jurisdicción que debe analizar la existencia de responsabilidad mercantil, cuando el hecho ha sido consentido por la masa social, aprobándolo. Ahora bien, no se trata de exonerar de responsabilidad (penal) porque el acto o el acuerdo lesivo haya sido aprobado, autorizado o ratificado por la junta general (lo que impide mercantilmente el art. 133.4 LSA), sino que indefectiblemente los acuerdos sociales no pueden ser perjudiciales para la sociedad en la manera que ésta los acepta y adopta como propios ("voluntas non fit injuria").

En suma, en esta materia (como en muchas otras), lo ético, lo lícito y lo punible son puntos concéntricos de todo enjuiciamiento criminal. El Tribunal penal no puede traspasar los límites del círculo más pequeño, cualquiera que sea su opinión personal al respecto".

En este sentido, la sentencia de la AP Alicante 15 de julio de 2010 señala que *"El juez no es un órgano fiscalizador «del desacierto económico» de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad ... Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión, y no puede exigirse una prueba que justifique la adopción de dicha decisión empresarial, que supone un ámbito de libertad de la sociedad en el que el juez no puede entrar".*

Duodécimo.- El delito de apropiación indebida, como el de administración desleal, precisa de ánimo de lucro o distracción a terceros en cuyo beneficio se actúa. Elemento subjetivo del tipo que, en nuestro caso, tampoco resulta acreditado al existir diversos hechos que contradicen dicha finalidad en el Sr. Ruiz de Lopera.

Así, podemos señalar de forma resumida:

- Cuando el Sr. Ruiz de Lopera toma la decisión de asumir la gestión

económica del RBBSAD se encontraba la sociedad en una situación ruinosa, de manera que sus anteriores gestores solicitaron su colaboración como modo de solucionarla y de liberar a los entonces miembros de su Junta Directiva de los riesgos que habían asumido con su propio patrimonio para obtener crédito que aminorara la deuda existente. Como apunta la defensa “¿con qué recursos podría planear quedarse el Sr. Lopera, si el RBB no tenía más que cuantiosas deudas, estaba en 2ª división y con el Estadio vendido?”. Los testigos fueron contestes en reconocer la dramática situación económica del club, que ni tan siquiera podía costear los viajes del primer equipo para jugar los partidos de la competición, y en este sentido nos remitimos a la profusión de detalles que arrojaron las testificales. Sirvan como ejemplos las declaraciones de Juan Luis Aguado de los Reyes (sesión de 19 de junio), al decir que el equipo había descendido a segunda división, el caos económico era “grandísimo”, la situación económica “catastrófica”, que no se podía empezar la temporada, que el Sr. León propuso hablar con el Sr. Ruiz de Lopera, que con la intervención de éste los primeros huecos se fueron tapando, garantizó los viajes del equipo y el Betis “echó a andar” bajo su gestión, de manera que cuando “se inyectó” este contrato el club empezó a tener una actividad normal...; o cuando el Sr. Balbino afirmó, en la misma sesión, que de no haber sido por el Sr. Ruiz de Lopera “la cosa hubiera sido dramática”..., entre otras afirmaciones de idéntico calado.

- Los dos primeros años de gestión por parte de TEGASA resultaron deficitarios para esta sociedad, por lo que no parece lógico pensar que la decisión inicial de su intervención tuviera una finalidad lucrativa en perjuicio del RBB.

- TEGASA, al tener unos resultados beneficiosos en los ejercicios siguientes, decidió acometer y sufragar las obras de ampliación del Estadio, con el importante costo que ello implicaba.

- El acusado ha conservado y aportado a la causa la documentación necesaria para poder analizar de forma completa la evolución de los contratos examinados en

estas actuaciones, cuando podría no haberlo hecho al no tener obligación mercantil o fiscal de conservarla más allá de seis anualidades (art. 30 Código de Comercio).

- En el contrato de fecha 4 de julio de 2003, ENCADESA, por decisión propia del acusado, se obligó a realizar una liquidación anual de sus obligaciones con el RBBSAD, revocando la inicial cláusula de liquidación al final de la duración del contrato (4 años), comprometiéndose igualmente a abonar al RBB el 91,5% de los beneficios de explotación del contrato; a lo que se añadió, a través del contrato de 10 de julio de 2003, conocido como de "*retorno de beneficios*", el abono del 90% de los beneficios netos que, por todo concepto, pudiera obtener por la explotación de la gestión económica del RBB.

- La decisión de practicar una liquidación final, tras la resolución de los contratos con ENCADESA y TEGASA el 31 de agosto de 2007, y el nombramiento de un auditor externo para su práctica, al que se le encomendó por el acusado Sr. Ruiz de Lopera, según manifiesta dicho su auditor (Sr. Garrido Riosalido) "*liquidar las relaciones contractuales RBB-TEGASA-ENCADESA, sin ningún tipo de beneficio ni pérdida para ninguna de las Compañías. Si hay algún error será un error humano no intencionado ni querido*".

- Los avales suscritos por el Sr. Ruiz de Lopera y sus sociedades en garantía de obligaciones del RBB indicadas anteriormente, que han dado lugar a procedimientos ejecutivos contra el acusado, lo que no se compadecería con la existencia de un ánimo de enriquecimiento ilícito preciso para apreciar los delitos por los que viene acusado, y con él, el resto de los inculpados, que los son en cuanto posibles cooperadores de la actuación de aquél.

Efectivamente, una de las obligaciones contractuales recogidas en los contratos era la prestación de garantías. Pues bien, el Sr. Ruiz de Lopera, en el fichaje o adquisición por el RBB de afamados jugadores para el primer equipo,

accedió a prestar su aval personal en pagos aplazados de importante cuantía que fueron convenidos por el RBB con los clubes de origen, de manera que sin ese afianzamiento personal en garantía del cumplimiento de las obligaciones dinerarias asumidas por la sociedad deportiva tales fichajes no habrían sido posibles. Citamos a título de ejemplo, entre otros que obran justificados documentalmente en la causa (folios 11.022 a 11.370 y 16.992 a 17.112), el fichaje de Robert Jarni al Club Juventus de Turín (el Sr. Ruiz de Lopera “avala con sus bienes presentes y futuros al RBBSAD ante el Club Juventus FCSPA en los pagos que quedan pendientes por importe de 1.250.000 DM”, es decir 638.575,36 euros, como consta al folio 16.992); el fichaje de Nenad Bjelica al Club Albacete Balompié (avaló 601.012,10 euros, folio 16.993); el de Oliverio Jesús Álvarez González al Club Real Oviedo (avaló 4.183.044,25 euros); el de Angel Manuel Cuéllar al FC Barcelona (avaló 1.202.024,21 euros); el de Benjamín Zarandona al Club Real Valladolid (avaló 8.366.088,49 euros); el de Julian Sebastian Filipescu al Club Galatasaray (avaló 2.524.250,84 euros); el de Gastón Casas al Club AT. Huracán (avaló 1.803.036,31 euros) el de Marcos do Santos Assuncao al Club AS Roma (avaló 6.010.121,04); el de Ricardo Oliveira al Valencia FC (avaló 3.480.000 euros); el de David Odonkor al Club Borussia Dortmund (avaló 3.900.000 euros); ó el de Nelson Augusto Tomas Ramos al Club Benfica SAD (avaló 5.065.000 euros).

En suma, aparte de otros afianzamientos prestados por las sociedades de su ámbito personal tantas veces mencionadas, consta que el Sr. Ruiz de Lopera afianzó con su patrimonio personal el pago por el RBB de la cantidad total de 91.509.324,17 euros, representativa de la suma de las cantidades que habían quedado aplazadas en los fichajes de jugadores relacionados en la documentación referida. Ante las garantías personales prestadas, difícilmente podremos entender por parte del acusado un coétaneo ánimo de ilícito enriquecimiento personal a costa o en perjuicio de la sociedad deportiva que administraba. Cuanto más si, tal y como alega la defensa, constatamos objetivadas en el proceso consecuencias derivadas de estos afianzamientos personales, como por ejemplo la demanda de juicio cambiario que tiene interpuesta el Club Benfica contra el Sr. Ruiz de Lopera ante el impago por el

RBB de los derechos federativos del jugador Nelson (Juicio Cambiario 1545/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Sevilla, folios 18295 ss), dando lugar a embargos del patrimonio personal del hoy acusado por más de dos millones de euros, incluido principal y cantidad presupuestada para intereses y costas.

Este Tribunal, si bien no ha sido puesto de manifiesto a lo largo del juicio, si quiere traer a colación a esta altura de nuestro razonamiento un detalle más de la posición del Sr. Ruiz de Lopera con el RBBSAD que consta en la causa (f,7334 y ss) y que viene a confirmar su actuación en favor del interés de dicha entidad y la conveniencia que pudiera tener la utilización de una empresa ajena para optimizar su resultado económico, y es el relativo a la adquisición por TEGASA, el día 25 de agosto de 2008, de los derechos sobre el jugador Bruno Saltor Grau.

Según la regulación vigente, estaba prohibido a los clubes de fútbol dirigirse a un jugador con contrato en vigor durante la vigencia del mismo y hasta los últimos seis meses del contrato. En dicho caso, el jugador terminaba la relación contractual que le vinculaba el 30 de junio de 2009, por lo que hasta el 1 de enero de 2009 ningún club se podía dirigir al mismo. Por ello, dado que TEGASA no tenía ya vinculación con el RBBSAD, pudo formalizar aquella un acuerdo con el jugador en agosto de 2008 por un millón de euros, con la idea de asegurar su incorporación al RBBSAD, entregando en dicha fecha quinientos mil euros y remitiendo al momento de la incorporación al club el pago del resto. Como el club descendió de categoría, la operación no pudo llevarse a término. Sin embargo, TEGASA cedió al RBB todos los derechos que tenía del jugador por la cantidad que había entregado en ese momento (quinientos mil euros), renunciando a cualquier plusvalía o beneficio por la gestión. Una vez transmitidos los derechos al club, éste llegó a un acuerdo con el Valencia CF SAD por el que le traspasaba dicho jugador al precio de un millón y medio de euros, consiguiendo, además, la cesión del jugador Sunny en el que estaba interesado el RBB. En resumen, con dicha operación el Betis obtuvo un beneficio económico de un millón de euros y la cesión de un jugador.

Por todo ello, debemos absolver a Manuel Ruiz de Lopera de los delitos por los que viene acusado y, con él, al resto de acusados, cuya participación era de mera colaboración con los actos de aquél; actos que no estimamos puedan integrar los delitos examinados.

Decimotercero.- En cuanto a las costas, el art 240 3º de la L.E.Cr. admite la imposición de las costas al querellante particular o actor civil siempre y cuando resultare de las actuaciones que ha actuado con temeridad o mala fe.

Conforme a jurisprudencia reiterada, resulta insuficiente para imponerla el simple dato de la disparidad jurídica entre la calificación de la acusación y la del Ministerio Público. Cabe entender que existe temeridad y mala fe cuando la pretensión de la acusación particular carezca de la menor consistencia, de manera que pueda deducirse que la parte acusadora no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su posición (STS 87/2014 de 11 Feb. 2014).

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del TS 291/2017 de 24 abril, donde, con cita de la sentencia 169/2016, de 2 de marzo, describe una serie de presupuestos procesales que afectan a la decisión de imponer las costas al querellante o al actor civil, además del sometimiento al principio de rogación, que en el presente caso se ha ejercitado por las defensas, únicamente, contra la acusación llevada a cabo por la "Asociación Béticos por el Villamarín":

- 1) La prueba de la temeridad o mala fe, corresponde a quien solicita la imposición de las costas (Sentencia Tribunal Supremo núm. 419/2014 de 16 abril).
- 2) No es determinante al efecto que la acusación no oficial haya mantenido posiciones en el proceso diversas, incluso contrapuestas, a la de la

acusación oficial (STS 91/2006 de 30 de enero).

- 3) El Tribunal *a quo* ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas (STS nº 508/2014 de 9 junio y núm. 720/2015 de 16 noviembre).

- 4) En relación con la justificación de la eventual decisión de condena, resulta también controvertida la trascendencia que pueden tener las decisiones jurisdiccionales que, a lo largo del procedimiento, controlan la admisibilidad de la pretensión, pues la decisión de admitir a trámite la querrela, la de posibilitar a las acusaciones que formalicen la imputación o la decisión de apertura del juicio oral, no son el mero resultado de una opción procesal de la acusación particular (STS 91/2006, 30 de enero), sino que presuponen una consideración judicial de que la pretensión de la parte puede no estar enfrentada a su viabilidad jurídica. Al respecto, de un lado, hemos proclamado que si tales decisiones interlocutorias fueran necesariamente excluyentes del parámetro de la temeridad o mala fe, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo resultaría de aplicación en los casos de desviación respecto de la acusación pública, pues la sentencia presupone el juicio oral y éste la admisión de la acusación. De otro, que si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, ha decidido que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria tampoco puede convertirse en la prueba *ex post* para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales (STS n.º 508/2014 de 9 junio). Por ello, la evaluación de la temeridad y mala fe, para la imposición de las costas, no sólo debe de hacerse desde la consideración de la pretensión y actuación de la parte, sino contemplando la perspectiva que proporciona su conjunción con las razones recogidas en las decisiones interlocutorias que la han dado curso procesal (STS

384/2008, de 19 junio).

En todo caso, señala la misma sentencia, *“la temeridad o mala fe entrañan que la acusación particular -por desconocimiento, descuido o intención-, perturba con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, reflejando el deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia; razón por la que la jurisprudencia proclama que la temeridad y la mala fe, han de ser notorias y evidentes (SSTS nº 682/2006, de 25 de junio o 419/2014 de 16 abril), afirmando la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales (STS n.º 842/2009 de 7 de julio), de modo que la regla general será su no imposición (STS 19 de septiembre de 2001 , 8 de mayo de 2003 y 18 de febrero, 17 de mayo y 5 de julio, todas de 2004, entre otras muchas)”*.

En el supuesto examinado, no cabe apreciar dichas circunstancias, que serían determinantes de la condena en costas a la acusación privada, en cuanto a la acusación dirigida contra los acusados Manuel Ruiz de Lopera, Guillermo Molina, Mercedes Ferraro, M^a Teresa González y Luis Oliver, así como tampoco respecto a las entidades cuya responsabilidad civil se pretendía (TEGASA, ENCADESA, FARUSA, INCECOSA, FRIGIMUEBLE Y BITTON SPORT SL), cuya condena, igualmente, era interesada por las acusaciones particulares ejercitadas por la asociación “Por Nuestro Betis”, “Liga de Juristas Béticos” y por la entidad perjudicada Real Betis Balompié SAD, quienes han retirado su pretensión tras el acuerdo de fecha 27 de julio de 2007 entre el RBBSAD y los acusados Manuel Ruiz de Lopera y Luis Oliver Albasa, así como con Bitton Sport S.L..

También el M^o Fiscal ha dirigido la acusación contra los cuatro acusados nombrados en primer lugar y contra las sociedades TEGASA, ENCADESA, FRIGIMUEBLE SA y FARUSA. Incluso, dichos acusados llegaron a un acuerdo con la acusación pública, aceptando la condena que finalmente les interesaba, que no se ha aceptado por este Tribunal por lo motivos indicados a lo largo de los fundamentos de

derecho antes expuestos.

El hecho de haberse mantenido la acusación particular “Asociación Béticos por el Villamarín” en su petición de condena, cuando las demás acusaciones privadas decidieron renunciar al ejercicio de acciones penales y civiles, no puede justificar, sin más, la condena en costas pretendida por las defensas, pues la posición de la citada Asociación es la normal en cualquier procedimiento penal, resultando inusual y atípica la del resto de acusaciones privadas, que se han desistido después de haberse practicado la prueba testifical, y el acuerdo extraprocesal que lo ha motivado en modo alguno puede imponerse a un tercero, cuya calificación penal de los hechos enjuiciados era apreciada por todos y justificaba la celebración del juicio; más cuando había sido aceptada por la Instructora y confirmada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial.

Por otro lado, la condena interesada, lógicamente, podía afectar a las sociedades beneficiarias de los actos señalados por la acusación como integradores de delito y, por tanto, no podemos considerar temeraria su llamada al proceso y el mantenimiento de la petición de condena.

Del mismo modo, Luis Oliver Albesa era acusado por todas las acusaciones privadas, resultando su inculpación de la compra de las acciones de FARUSA, entre las que se encontraban las abonadas con los pagarés endosados por el RBBSAD a TEGASA y cuya acción hemos declarado prescrita a efectos penales. Acción cuya calificación, como posible integradora de delito de apropiación indebida, tenía su sustento probatorio en el amplio informe de los peritos judiciales y en el contenido de la escritura de constitución del RBB como sociedad anónima deportiva de fecha 30 de junio de 1992, en la que se dice que las acciones del RBB estaban totalmente suscritas y su desembolso se acreditaba mediante certificados bancarios, lo que parece contradecir el desembolso realizado vía endoso de pagarés en 1.995.

Pues bien, estos indicios, y el hecho de haberse vendido las acciones de FARUSA a BITTON SPORT SL días después de la presentación del primer informe de los peritos judiciales, permitieron calificar provisionalmente su transmisión como simulada, dando lugar a la adopción de medidas cautelares por parte de la Juez Instructora que fueron ratificadas por la Audiencia Provincial, así como a considerar razonable la acusación presentada por las acusaciones particulares por posible delito de alzamiento de bienes o apropiación indebida en el que aparecía como posible cooperador Luis Oliver, en su condición de administrador de hecho de BITTON SPORT SL, lo que fue confirmado al dictarse auto de procesamiento contra él, igualmente mantenido en apelación, y al acordarse, posteriormente, la apertura de juicio oral por dicha compraventa.

Ciertamente, del juicio oral no resultaron pruebas incriminatorias que permitieran continuar con la acusación formulada contra Luis Oliver y, justamente, la acusación particular, en trámite de conclusiones definitivas, retiró la acusación contra él, como, previamente, lo habían hecho las demás acusaciones privadas, si bien, como persistía la acusación contra Manuel Ruiz de Lopera por el endoso de los pagarés y ello podía determinar la condena a la restitución *in natura* al RBBSAD de 20.662 de las acciones que había adquirido la sociedad administrada por aquel, la citada acusación interesó que se mantuviera, junto con BITTON SPORT SL en el proceso en calidad de terceros civiles responsables, por cuanto podrían verse afectados en caso de sentencia condenatoria como posible partícipe a título lucrativo del art. 122 del Código Penal. Precepto que permite que dentro del propio proceso penal el perjudicado pueda obtener el resarcimiento de aquella parte en que se haya beneficiado a título lucrativo el que no haya participado en el delito, lo que dada la naturaleza civil y no penal de la causa, la restitución, de no existir tal precepto, le hubiera obligado a un proceso civil con las consecuencias de tiempo y coste procesal que ello acarrea. Petición, por tanto, que consideramos razonable e impide que pueda calificarse de temeraria la solicitud acusatoria contra dichos afectados.

No ocurre lo mismo con los acusados Francisco Javier Páez Ruiz y Ana María Ruiz Peña, pues la petición de condena contra ellos en modo alguno ha sido justificada por la acusación particular “Asociación Béticos por el Villamarín”. Ya hemos reseñado los simplistas argumentos ofrecidos en el escrito de conclusiones provisionales elevadas luego a definitivas. De Francisco Javier Páez sólo decía que *“era sobrino de Ruiz de Lopera, fue administrador único de TEGASA desde enero de 1993 hasta enero de 1996; aparte de ser consejero del Real Betis desde diciembre de 2004”*; y de Ana María Ruiz que *“fue apoderada de ENCADESA desde 1999”*. Pues bien, en su informe final el Letrado de “Asociación Béticos por el Villamarín” no mencionó a ninguno de los dos referidos acusados y ni tan siquiera se refirió a ellos indirectamente, evidenciando así lo injustificado de su pretensión acusadora. ¿Cómo sería posible una condena con tales argumentos?; ¿que actos realizaron para merecer una acusación como la que han tenido que soportar?. El silencio de la acusación a tales interrogantes es merecedor de la condena que se postula por las respectivas defensas de estos acusados al pago de las costas generadas a su instancia, aunque limitada a un 40%, pues estimamos que el resto debe imputarse a las otras acusaciones, respecto de las que no se ha solicitado su condena en costas y, por tanto, el porcentaje que le es atribuible debe declararse de oficio. En este sentido, como justificante de la decisión anterior, debemos recordar que según la jurisprudencia *“la temeridad o la mala fe pueden aparecer en cualquier momento del procedimiento, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la causa”* (SSTS de 18 de febrero, 17 de mayo, 5 de julio, 19 de junio de 2004 y de 25 de enero de 2006, entre otras, como la más reciente STS 899/2007, de 31 octubre).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a **MANUEL RUIZ DE LOPERA AVALOS, GUILLERMO MOLINA PEREZ, MERCEDES FERRARO MORA, ANA MARÍA RUIZ PEÑA, MARÍA TERESA GONZALEZ MARTINEZ y FRANCISCO JAVIER PAEZ RUIZ** de los delitos continuados de apropiación indebida y administración desleal por los que venían acusados.

Debemos absolver y absolvemos a LUIS OLIVER ALBESA, y a las sociedades FARUSA, FRIGIMUEBLE SA, BITTON SPORT SL, ENCADESA, INCECOSA y TEGASA de la responsabilidad civil que se les reclamaba.

Declaramos las costas de oficio, salvo el 40% de las correspondientes a la defensa de Francisco Javier Páez Ruiz y Ana María Ruiz Peña, a cuyo pago condenamos a la "Asociación Béticos por el Villamarín".

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación, que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha.
Doy fe.