

13-7540 - 2010



JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 6 DE SEVILLA

Av. Menéndez y Pelayo s/n.

Teléfono: 955005289/90/91. Fax: 955005291.

Procedimiento: DILIGS.PREVIAS 2172/2008. **Negociado:** B

N.I.G.: 4109143P20080036856.

Ejecutoria:

De: FISCALÍA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA , ASOCIACION BETICOS POR EL VILLAMARIN , ASOCIACION POR NUESTRO BETIS y ASOCIACION LIGA JURISTAS BETICOS

Procurador/a: NOELIA FLORES MARTINEZ, PILAR CARRERO GARCIA y JESUS LEON GONZALEZ

Letrado/a:

Contra: MANUEL RUIZ DE LOPERA AVALOS, MERCEDES FERRERO MORA, ENRIQUE GARCIA RODRIGUEZ, GUILLERMO MOLINA PEREZ, ANAMARIA RUIZ PEÑA, MARIA TERESA GONZALEZ MARTINEZ y FRANCISCO JAVIER PAEZ RUIZ

Procurador/a: Mª DOLORES BERNAL GUTIERREZ, MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ CASAS, JAVIER DIAZ DE LA SERNA CHARLO

Letrado/a:

AUTO

En SEVILLA a cinco de mayo de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de fecha 20 de abril de 2010, interesando se declare la prescripción de los hechos denunciados anteriores al 19-2-08 por los razonamientos que en referido escrito expone y que damos por reproducidos.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en su informe fechado el 20 de abril de 2010 realiza una serie de alegaciones sorprendentes y cuanto menos extravagantes, solicitando expresamente que se declare la prescripción de los hechos anteriores al 19 de marzo de 1998 a tenor de las penas señaladas para los delitos que se investigan.

Y decimos sorprendentes porque desde luego causa asombro que se pida la prescripción de unos hechos que vienen siendo investigados desde hace casi dos años, pues el auto que extendía la



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

investigación al año 1993 tiene fecha 4 de junio de 2008. El asombro es aún mayor si recordamos que dicho auto que fue recurrido por el Ministerio Fiscal, **lo fue por motivos absolutamente ajenos al periodo de investigación ampliado**, interesando en dicho recurso, por ejemplo, que el informe pericial encomendado se realizara por funcionarios públicos especializados, pertenecientes a la Administración Tributaria, solución que la realidad impuso ante la falta de medios, siendo especialmente llamativo que ahora se critique, y de qué manera, el informe realizado por tales profesionales. Es más, y este es el dato esencial, el citado auto de 4 de junio de 2008 dictado por este Juzgado **fue íntegramente confirmado**, al desestimarse los recursos del Ministerio Fiscal y de la defensa por los autos de la Il.ª Audiencia Provincial de esta Capital de fechas 21 y 22 de enero de 2009, de forma que la resolución ampliando la investigación al año 1993 devino firme.

En cualquier caso el informe que realiza ahora el Ministerio Fiscal y la forma en la que los medios de comunicación han tenido conocimiento del mismo, según se desprende de la diligencia del Sr. Secretario de fecha 28 de abril de 2010, a la misma vez que el propio Juzgado, no es más que el colofón de la postura de enfrentamiento dialéctico y procesal y de nula colaboración que ha tenido dicho Ministerio Público en la presente causa con el Juzgado Instructor, como se puede observar a la vista de los diversos recursos por él interpuestos y de las adhesiones a los formulados por la defensa y que en opinión personal de esta proveyente arranca del dictado del auto de incoación de Diligencias Previas; en dicho auto esta instructora no se limitó a ordenar la investigación de los últimos cinco años como solicitaba el Ministerio Fiscal en su denuncia, concretamente desde el 4 de julio de 2003, fecha de uno de los contratos de arrendamiento de servicios entre Encadesa y El Real Betis, sino que la extendió hasta el año 1998 fecha en la que finalizaban las relaciones Betis-Tegasa y comenzaban los del primero con Encadesa y todo ello mientras se obtenían las pruebas necesarias que confirmaran los indicios de un

presunto delito continuado de apropiación indebida y/o societario que ya empezaba a vislumbrarse.

La investigación así ordenada, no fue bien recibida por la Fiscalía, como así se le manifestó a esta instructora en dicho momento. Sin embargo, curiosamente, ahora es lo que propugna dicha Acusación Pública. En base a ello, es claro a juicio de esta proveyente, que entre la denuncia inicial del Ministerio Público que acotaba la investigación desde el año 2003 en adelante, al presente informe que defiende la investigación desde el año 1998, existe o falta de coherencia o cuanto menos un cambio de criterio que no ha sido convenientemente explicado, sin que se pueda acudir a las pruebas posteriormente practicadas pues ya de la documentación acompañada a la denuncia existían indicios de la descapitalización del Real Betis por parte de Encadesa desde sus comienzos.

Pues bien, como quiera que este Juzgado entiende además, como así quedó expuesto en el citado auto de 4 de junio de 2008, que la actuación de ilícito apoderamiento de los recursos y productos de la actividad deportiva del Real Betis, en provecho propio y de sus sociedades, se desarrolló durante todas las temporadas en que estuvo vigente la relación Real Betis-Tegasa, entidad esta última que inició su andadura con el Club en fecha 30 de abril de 1993 y a la que luego sucedería Encadesa sin solución de continuidad en dicha relación, esta instructora con la presente resolución va a exponer los argumentos jurídicos que justifican el rechazo de la pretensión de prescripción del Ministerio Público, no sin antes recordar lo que al respecto de un pronunciamiento anticipado sobre la prescripción establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2002 y 2 de febrero de 2004 (caso Wardbase-Torras). Concretamente la última expone literalmente lo que sigue " la prescripción es un instituto que traduce jurídicamente la influencia que el transcurso del tiempo tiene en el derecho y por ello no deja de ser una cuestión de hecho en aspectos sustanciales (como puede ser el momento inicial de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

su computo o los supuestos interruptivos de la misma), lo que conlleva la necesidad de desarrollar prueba suficiente acerca de la realidad de aquellos y por ello la inconveniencia de resolver prematuramente sobre la misma con anterioridad a la celebración del juicio oral", pues tales cuestiones solo debieran ser resueltas tras el debate del Plenario y a la vista de las probanzas practicadas.

Así mismo sigue afirmando la meritada sentencia que" aunque ello no sea un principio absoluto y pueda aplicarse anticipadamente la prescripción en casos de diaphanidad incontrovertible, lo cierto es que en línea de principio no es éste el supuesto del delito continuado donde es preciso asentar previamente los elementos fácticos y jurídicos que lo integran, como es la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, máxime cuando su imputación alcanza una pluralidad de autores o cooperadores, pues el delito será continuado porque los hechos enjuiciados lo justifiquen y no por la mera calificación de los mismos como tal ".

Pese a lo anterior y por mor de dar cumplida respuesta al Ministerio Fiscal se exponen seguidamente las razones jurídicas que motivan la desestimación de su petición de que se declaren prescritos los hechos anteriores a 1998.

SEGUNDO.- El instituto de la prescripción, como todos sabemos, responde a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, de forma que el plazo de prescripción por lo general y de conformidad con el art. 132 del Código Penal se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción punible. Este régimen general tiene dos claras excepciones contempladas en el mismo precepto penal de manera expresa: la **primera** es cuando se trate de **delitos continuados**, delitos permanentes e infracciones en las que se exija habitualidad y la **segunda** cuando la víctima fuera menor de edad al perpetrarse contra



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

ella delitos que afectan a bienes jurídicos personales (tentativa de homicidios, lesiones, delitos contra la libertad e indemnidad sexual ...). En el primero de los casos el plazo de prescripción **se computará desde el día en que se realizó la última infracción**, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. Debe tenerse en cuenta que en el Código Penal de 1973 no se preveía de modo expreso la prescripción en los delitos continuados, de modo que su aplicación era labor jurisprudencial.

En el segundo de los supuestos (tampoco previsto en el antiguo art. 114 del Código Penal de 1973) los términos de la prescripción se computarán desde el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y si hubiera fallecido antes de alcanzarla, a partir de la fecha de su fallecimiento.

TERCERO.- Aunque por parte del Ministerio Fiscal no se cuestiona la presunta existencia de un delito continuado ya de apropiación indebida, ya societario, sí que parece olvidarse de dicha calificación a la hora de aplicar los plazos de prescripción de los delitos investigados. Por ello no es extraño a este debate explicar porqué esta instructora considera la existencia de continuidad delictiva, dando con ello igualmente respuesta al punto primero del informe del Ministerio Público. Y es que en virtud de la extensa documentación aportada contratos de arrendamiento de servicios y de instalaciones deportivas entre el Real Betis y Tegasa y luego entre el Real Betis y Encadesa, así como de los contratos suscritos entre Tegasa y Encadesa a partir del 18 de mayo de 1999 en los que se pone de manifiesto la sucesión de la segunda en la posición de la primera y la subrogación de Encadesa en créditos de Tegasa y por supuesto en virtud del eje central de la investigación desarrollada, que es el informe pericial, se evidencia que presuntamente el imputado D. Manuel Ruiz de Lopera en una **primera fase** obtendría ilícitamente y en perjuicio del Real Betis Balompie S.A.D., la mayoría absoluta del capital social a través de FARUSA, entidad absolutamente controlada por él. Ello se realizó en virtud del mero



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

compromiso de ésta de adquirir sucesivamente, **con posterioridad a la constitución del Real Betis como Sociedad Anonima Deportiva,** el paquete accionario de 30.869 acciones equivalentes al nominal del préstamo suscrito el 7 de febrero de 1992 por el Real Betis con las Cajas de Ahorros ascendente a 308.689.636 ptas, importe que FARUSA iría pagando (y adquiriendo a su vez acciones del Club) conforme el cuadro de amortización previsto en dicha escritura de préstamo, compromiso que asume en virtud del contrato de 30 de junio de 1992 y **que no cumple, pese a adquirir desde esa fecha los derechos políticos de dichas acciones y ejercer como titular formal de las mismas según el listado de accionistas de 30-10-92, cuando no había realizado ningún desembolso.** Este incumplimiento supuestamente preconcebido desde el inicio, se pone de manifiesto en el informe pericial (páginas 123 y siguientes), pues si bien el préstamo tenía que estar íntegramente amortizado por el Real Betis a 7 de febrero de 1997, a partir del 10 de mayo de 1993 el calendario de pagos de Farusa al Real Betis cambia absolutamente al renovarse la deuda, dilatándose el mismo mediante pagarés que entrega al Club con vencimientos hasta el 4 de noviembre de 2001, al asumir Farusa para incrementar su paquete accionario el pago de las 6000 acciones tituladas a nombre de los Sres. León Gómez y Morales Luna, que presuntamente estaban en autocartera en el Betis lo mismo que las 30.869 acciones equivalentes al nominal del préstamo con las Cajas; de esta forma Farusa de manera sosegada se dispone a adquirir dicho paquete mayoritario de 36.869 acciones representativas del 52.21 % del capital social y ello con la tranquilidad que le ofrecía ejercitar sus derechos políticos desde el inicio. Pese a lo anterior, a partir del ejercicio 1993-1994 comienzan a producirse impagos por parte de Farusa quien a 30 de junio de 1994 le debe al Real Betis 448.385.361 ptas desglosadas de la siguiente manera: 308.689.636 ptas en concepto del capital del préstamo, 79.695.680 ptas en concepto de intereses del préstamo, parte de los cuales ya han sido abonados por el Real Betis y 60.000 ptas por las acciones de los Sres. León Gómez y Morales Luna. Ante la posibilidad cierta que dado el



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

diferente calendario de pagos el préstamo no estuviera amortizado a 7 de febrero de 1997, el 10 de noviembre de 1994 el Real Betis se ve obligado a suscribir un nuevo préstamo con la Caja de ahorros de San Fernando de 128 millones de nominal, préstamo que se refleja en el documento de 14 de noviembre de 1994, en el que se produce una nueva renovación de la deuda y donde se pone de manifiesto que el desfase entre lo abonado por el Real Betis y lo cobrado por Farusa alcanzaba ya 66.626.424 ptas.

No obstante de manera premeditada desde el inicio y vigente ya el contrato de arrendamiento de servicios con Tegasa, indiciariamente el Sr. Ruiz de Lopera quien ejerce el gobierno de las tres entidades, Real Betis, Tegasa y Farusa, tenía decidido que parte de ese paquete accionarial, concretamente 20.662 acciones equivalentes a 206.626.424 ptas no las desembolsaría nunca al Real Betis. Para ello con fecha 10 de noviembre de 1995, según anotación contable, y por efecto de las denominadas "contrafacturas" el Club endosa a Tegasa gran parte de los efectos renovados mediante el citado contrato de 14 de noviembre de 1994, dando el Real Betis por concluido su crédito con Farusa por dicho importe. A este respecto el informe pericial efectúa una conclusión lapidaria a la que no cabe añadir nada más: si no hubiera existido el contrato de arrendamiento de servicios entre el Real Betis y Tegasa el primero seguiría siendo acreedor de Farusa de la suma de 206.626.424 ptas., equivalentes a 20.662 acciones que pasan a formar parte del patrimonio de la misma **y que nunca desembolsó**, constituyendo lo expuesto, una ilícita financiación de las empresas del Sr. Ruiz de Lopera, en este caso de Farusa, participada a su vez en el 96% por INCECOSA, otra sociedad propiedad del inculpado que es a su vez la que controla a TEGASA y a FRIGIMUEBLE.

Esto último tiene especial trascendencia por lo que respecta al presente informe del Ministerio Fiscal, pues en contra de lo que en él se manifiesta, la referida partida de 206 millones de pesetas en



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

acciones, concretamente las 20.662 acciones no abonadas por FARUSA, no queda afectada por los recientes Autos de la Il.tra. Audiencia Provincial de Sevilla de fechas 26 de febrero y 3 de marzo de 2010, pues la misma es en cualquier caso posterior al proceso de transformación del Real Betis en Sociedad Anonima Deportiva, no sólo porque deriva de la subrogación de FARUSA en el préstamo tras dicho proceso de transformación como se expone en el documento de 30 de junio de 1992, sino porque se trata de una partida que quedaría integrada de manera definitiva en el patrimonio de Farusa a 10 de abril de 1995 a través del endoso a Tegasa.

En cumplimiento de los meritados Autos, como no podía ser de otra forma, en ningún punto del informe pericial se analiza la adquisición originaria del resto de las acciones de FARUSA.

En una **segunda fase**, ostentando el Sr. Ruiz de Lopera el control del Real Betis, decide a través de otra de sus empresas, TEGASA, controlada inicialmente por FARUSA, RULOSA e INCECOSA, luego por FRIGIMUEBLE y en la última etapa por las imputadas Mercedes Ferraro de Mora y M. Teresa González Martínez, personas del círculo íntimo de D. Manuel, **gestionar privadamente** los recursos de la actividad deportiva del Club cediendo a dicha sociedad la totalidad de los ingresos a cambio de una cantidad fija o variable según las temporadas. Además le cede a TEGASA la capacidad de negociar con terceros los derechos económicos de la actividad deportiva del Real Betis, de forma que TEGASA negociará en nombre propio y no por cuenta del Real Betis los derechos de radio-televisión, publicidad, patrocinio, derechos de imagen de los futbolistas, cesión que indudablemente y a juicio de los peritos, constituye una disminución del patrimonio del Real Betis.

Debe destacarse que cuando se firma el primer contrato de arrendamiento de servicios el 30 de abril de 1993, TEGASA tenía de capital social 31 millones de pesetas, por lo que difícilmente podía asumir el abono de los cuantiosos gastos del Club, ni podía servirle



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de garantía. El resultado no podía ser otro que la presunta financiación de TEGASA con los fondos propios del Real Betis Balompié y en definitiva, en ejecución del plan preconcebido diseñado por el Sr. Ruiz de Lopera, el supuesto apoderamiento por parte de éste, en colaboración con el resto de los coimputados, **de recursos** de la actividad deportiva **ordinaria** del Real Betis, que de no haber existido la interposición de TEGASA hubiesen estado en el patrimonio del Club, recursos que en el informe pericial se cifran en 336.129.651 ptas, con unos intereses de demora fijados a la fecha de resolución de las relaciones TEGASA-REAL BETIS, (julio de 1999) de 161.201.795 ptas.

Otra de las importantes partidas de la que presuntamente se apropió en su ilícito beneficio fue la de los **ingresos financieros** derivados del importante desfase temporal entre el cumplimiento de las obligaciones del Club temporada a temporada y el cumplimiento de las obligaciones por TEGASA que se posponían en el tiempo a plazo muy dilatado respecto del cobro efectuado por la misma. El informe pericial cifra este concepto en 193.406.424 ptas con intereses de demora calculados a la misma fecha de 92.754.277 ptas. A las partidas anteriores habría que añadir una operación concreta, **la de la venta del jugador Roberto Ríos** por la que el Sr. Ruiz de Lopera a través de la interposición de TEGASA directamente se apropiaría del porcentaje cifrado en 200 millones de pesetas, que de no haber existido dicho contrato de arrendamiento estarían en las arcas del Real Betis, a lo que se une unos intereses de demora desde el 21 de julio de 1997, fecha del depósito de la cláusula de rescisión de 117.771.233 ptas.

Así mismo habría que sumar, con carácter subsidiario y en defecto de la restitución de los títulos, la presunta falta de pago de parte del paquete de **acciones** adquiridas por FARUSA, nos referimos a las 20.662 acciones por importe de **206.626.424 ptas**, que generaría unos intereses de demora de 162.483.377 ptas.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Finalmente el informe pericial cuantifica como perjuicio patrimonial para el Real Betis el importe de la responsabilidad civil derivada de la condena del Sr. Ruiz de Lopera por dos delitos contra la Hacienda Pública, en virtud de sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla de fecha 14-12-05, en la que se aplicó la circunstancia atenuante de reparación del daño, responsabilidad civil que fue asumida por el Real Betis y ello por entenderse por los peritos, con apoyo de extensa jurisprudencia, que se trata de una deuda personal e intransferible derivada de la condena penal, argumentación que comparte esta instructora, sin perjuicio de que éste no es el momento y lugar para debatir sobre esta cuestión, y ello desde el respeto a que por el Ministerio Fiscal no se comparta dicha tesis lo que tan sólo se traduciría en que no se recogiera dicha partida en su eventual escrito de acusación. Esta partida se cifra en 489.454.478 ptas con unos intereses de demora de 104.657.772 ptas.

Esta gestión privada de los recursos del Real Betis continuaría sin interrupción por otra de las sociedades del Sr. Ruiz de Lopera, ENCADESA, constituida el 7 de junio de 1999 por dos sociedades rusas con un 48% de su capital cada una de ellas y el 4% por TEGASA. A finales de junio de 2000 las mercantiles rusas venden sus acciones a FRIGIMUEBLE y finalmente ésta en el año 2004 vendería sus acciones, a las ya citadas Mercedes Ferraro de Mora y M. Teresa González Martínez.

Con ENCADESA a partir del 23 de julio de 1999 el Real Betis, bajo el mandato del Sr. Ruiz de Lopera, volvería a suscribir idénticos contratos de arrendamientos de servicios e instalaciones deportivas, subrogándose en créditos que ostentaba TEGASA frente al Real Betis, recibiendo pagos por parte del Club para TEGASA como los derivados del contrato de ejecución de obras del estadio (1.180 millones de pesetas) o indemnizaciones tan curiosas por su cuantía y concepto como la de 1.127 millones de ptas por los perjuicios ocasionados a ENCADESA por la no continuación de las obras del

estadio, cuantía en la que se valora las que existen ejecutadas.

Si del periodo de TEGASA existió indiciariamente ilícito aprovechamiento de los recursos y productos derivados de la actividad deportiva del Real Betis Balompié y siendo idénticos los instrumentos contractuales utilizados en la época de ENCADESA, lógico es presumir que en la misma pueden existir de manera sucesiva y continuada apoderamientos similares, teniendo en cuenta que por documento de 31 de julio de 2007 ENCADESA, REAL BETIS Y TEGASA acuerdan resolver con fecha 1 de julio de 2008 las relaciones entre ENCADESA y EL REAL BETIS y entre TEGASA y ENCADESA, fecha en la que ya se habían iniciado las presentes Diligencias Previas, practicándose la liquidación el 11 de noviembre de 2008.

Todo lo que aquí se ha expuesto pondría de manifiesto una unidad de ideación y de dolo, que da lugar a unas ejecuciones fraccionadas que atentan a los mismos bienes jurídicos que por ello pierden su propia sustantividad para integrar una única infracción, concurriendo todos los elementos que dan vida a la construcción jurídica de la continuidad delictiva y que de modo resumido la STS de 3 de abril de 2002 recuerda, con cita de reiterada jurisprudencia - SSTS de 4-7-91; 20-3-98; 22-12-98, que se integra por:

a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso.

b) Dolo único que implica una única intención y por tanto una unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente dando lugar al dolo conjunto que preve ex ante la totalidad de actos a ejecutar o bien surja la intención criminal siempre que se de la ocasión propicia, dando lugar al dolo continuado strictu sensu. Ambas legalmente previstas en el artículo 69 bis del anterior Código

Penal y en el art. 74 del vigente en la expresión "plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, " si bien los hechos hoy investigados estarían bajo el imperio del Código Penal de 1995, pues como señala la STS de 28 de febrero de 2003, la continuidad delictiva se mantenía cuando entró en vigor el Código Penal actual.

c) Unidad de precepto violado o preceptos semejantes, lo que exterioriza la unidad en el bien jurídico atacado.

d) Homogeneidad en el modus operandi.

e) Identidad en el sujeto infractor, admitiéndose además la participación adhesiva en el delito continuado de nuevos partícipes.

No obstante lo anterior, el periodo en que ENCADESA regía el destino económico del Real Betis será objeto de una nueva entrega del informe pericial, en la que se analizarán profundamente todas las actuaciones llevadas a cabo por la misma y en la que trabajan actualmente los peritos.

CUARTO.- Procede a continuación entrar en el análisis del nudo gordiano de la cuestión sometida a debate, que no es otra que la prescripción de los delitos investigados.

De entrada, y a juicio de esta instructora, el planteamiento que realiza el Ministerio Fiscal es totalmente incorrecto, pues lo que hace para determinar el plazo de prescripción delictiva es aplicar a las penas previstas para el delito de apropiación indebida del artículo 252 con la agravante cualificada del núm. 6 del artículo 250 párrafo 1º y para el delito societario del artículo 295 todos ellos del Código Penal, las previsiones penológicas del artículo 74.1 del mismo Cuerpo Legal para el delito continuado, con lo cual sobre la pena obtenida aplica el plazo de prescripción resultante conforme al artículo 131 del mismo Código, como si de un delito ordinario se tratara, olvidando por



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

completo el contenido del artículo 132 del citado Código que señala que en los delitos continuados, el cómputo de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se realizó la última infracción. Y es claro que este periodo de prescripción o bien no había comenzado cuando se incoaron las presentes actuaciones, pues la liquidación de las relaciones entre ENCADESA y EL REAL BETIS a fecha 1 de julio de 2008 se practicó el 11 de noviembre del mismo año, o en su caso acababa de iniciarse, si se contempla el documento de resolución contractual de 31 de agosto de 2007. En apoyo del razonamiento expuesto deben citarse entre muchas otras, las SSTs de 22 de marzo de 2001, 19 de enero de 2002 y 3 de abril de 2003 que señalan que en casos de continuidad delictiva ha de estarse para fijar el dies a quo o inicial de la prescripción al momento del cese de la actividad antijurídica o cuando se perpetre el último hecho de la cadena punible. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de la AP de La Rioja de 25 de mayo de 2000 y de la AP de Barcelona de 17 de diciembre de 2002, y aunque dicho lo anterior debatir sobre el resto de las argumentaciones del Ministerio Fiscal es intrascendente, **sí** queremos discrepar igualmente sobre la aplicación que realiza del artículo 74.1 del Código Penal, al entender que si bien la misma es la regla general de penalidad del delito continuado conforme a los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio y 30 de octubre de 2007, dicha regla tiene excepciones como se desprende de los propios Acuerdos, excepciones que haciéndose eco de los anteriores recoge con claridad la reciente STS de 16 de abril de 2009, que literalmente dice así: El artículo 74.1 es una norma de carácter general y por tanto se entendió que cabía recurrir a ella también en los delitos patrimoniales, salvo en los siguientes supuestos:

A) Cuando por la adición del perjuicio causado varias faltas patrimoniales se conviertan en delito.

B) Cuando el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

perjudicado a una generalidad de personas: último inciso del artículo 74.2 del Código Penal.

En el mismo sentido ya se pronunciaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1999 de 17 de septiembre que señalaba que <<cuando en los delitos continuados de carácter patrimonial concurre además de la circunstancia de que el hecho "revista especial gravedad" la circunstancia de "que hubiere perjudicado a una generalidad de personas", art. 74.2 in fine, se aplicarán las reglas penológicas del art. 74.2. Esto es, habrá que imponer la pena superior en uno o dos grados a la señalada para el delito cometido, si bien la pena se podrá imponer en toda su extensión, ya que la mayor gravedad de la conducta enjuiciada tiene suficiente respuesta punitiva en que se suba la pena en uno o dos grados>>.

En el caso de autos, es claro que atendiendo a la presunta cuantía de lo ilícitamente distraído o apropiado, concurre la circunstancia de especial gravedad, y atendiendo a la pluralidad de perjudicados, 10% del capital social representativo de las acusaciones particulares y en definitiva el resto de los socios del Real Betis Balompie S.A.D. aunque no hayan ejercido acción penal, igualmente concurre la circunstancia del perjuicio a una generalidad de personas.

En virtud de lo anterior, partiendo de la pena en abstracto para el delito de apropiación indebida, sin acudir a la agravante cualificada del art. 250.1.6ª del Código Penal a fin de no incurrir en la prohibición de doble valoración proscrita por el citado Acuerdo de 30 de octubre de 2007, y para el supuesto más que hipotético que se siguiera el planteamiento del Ministerio Fiscal que excluye, injustificadamente, la aplicación imperativa del art. 132 del Código Penal, la pena que le correspondería al delito excedería de los diez años de prisión, al poderse elevar la pena hasta dos grados, por lo que el plazo de prescripción, a tenor del art. 131, sería de quince años, por lo que los hechos cuya prescripción solicita el Ministerio Fiscal



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

tampoco de esta forma estarían prescritos.

QUINTO.- Llegados a este punto debemos afirmar que a nadie se le escapa que el delito societario fue creado ex novo por el vigente Código Penal de 1995 y que entró en vigor en la primavera de 2006, como así fue puesto de manifiesto en el auto de la Iltna. Audiencia Provincial de 26 de febrero de 2010 y que por consiguiente la calificación alternativa o en su caso simultánea en las temporadas 1993-94 y 1994-95 de apropiación indebida por gestión desleal o de delito societario no sería posible. Evidentemente ello no afectaría a la continuidad delictiva que como hemos visto no requiere identidad sino semejanza en el precepto penal violado. Pero sí corresponde plantearnos, aprovechando esta ocasión, si en dichas temporadas cabe hablar de apropiación indebida por administración desleal al menos en el sentido apriorístico que corresponde a unas Diligencias Previas.

En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 2004 y con mayor extensión pero con los mismos argumentos en la sentencia del mismo Tribunal de 2 de octubre de 2007 se establece la sutil distinción entre el delito de administración desleal del art. 252 y el delito societario del art. 295, tipos que según la doctrina jurisprudencial suponen dos círculos secantes, con una zona común en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el artículo 8 del Código Penal.

La primera de las sentencias enunciadas señala que "El tipo de administración desleal o fraudulenta castigado en el artículo 535 del Código Penal derogado y hoy en el vigente art 252, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que se remonta a las SSTS de 7 y 14/3/94 y de 9/10/97, pasando por la 224/98 y



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

siguiendo, entre otras, por las de 3/ 4/ y 17/10/98; 12/5, 14/7 y 21/11/2000; 16/2 y 29/5/2001; 7/11 y 26/11/2002 o 16/9/2003, aparece yuxtapuesto al tipo clásico de apropiación indebida, caracterizado por la apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, consistiendo en la gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal, distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio, sino únicamente el perjuicio patrimonial ocasionado por el administrador como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función, es decir, el tipo no conlleva necesariamente el "animus rem sibi habendi", aunque tampoco lo excluya, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal. Debemos insistir que esta doctrina es aplicable al artículo 252 del Código Penal de 1995, sin que la existencia del tipo previsto en el nuevo art.295 (en el capítulo destinado a los nuevos delitos societarios), que contiene una penalidad más benévola, signifique una corrección del doble contenido típico del precepto que sanciona la apropiación indebida (apropiarse o distraer), siendo un tipo que prevé conductas no incluíbles en el primero (perjuicios patrimoniales sin distracción de fondos en el ámbito societario), de forma que si hay distracción concurrirá siempre el tipo de la apropiación indebida ...".

Aunque la diferencia teórica puede en principio resultar clara, pues el autor del delito societario siempre mantiene su actuación ilícita dentro de sus facultades sin excederse de las mismas, mientras que el autor del delito de administración desleal supera las facultades del administrador, las dificultades de apreciación en la práctica han hecho que la jurisprudencia se decante por el elemento del apoderamiento como "única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos", de manera que si ésta existe habrá apropiación indebida y en caso contrario delito societario.

Pues bien, planteada así la distinción, hemos de acudir nuevamente al informe pericial del que se desprende que en las temporadas 1993/94 y 1994/95, (pues al final de la siguiente ya había entrado en vigor el nuevo Código Penal y hasta esa fecha en teoría las liquidaciones se practicaban al finalizar cada temporada), existen presuntamente, dos claros actos de apoderamiento:

1) El primero derivado de los ingresos financieros de los que ilícitamente se apropiaba TEGASA (más bien distraía al tratarse de dinero) por el amplio desfase temporal entre el cumplimiento puntual por el Real Betis de sus obligaciones y el cumplimiento mucho más dilatado en el tiempo por parte de TEGASA de las que le eran propias, tónica general que se ha mantenido desde el inicio de la relación del Real Betis con las sociedades del Sr. Ruiz de Lopera, TEGASA y ENCADESA hasta el final, lo que solo puede evidenciar un plan preconcebido y que como ya expusimos habría supuesto una importante merma del patrimonio del Real Betis en todos estos años para el lucro personal o provecho propio del Sr. Ruiz de Lopera, cantidad que al término de la relación de TEGASA con el Club (julio de 1999) había alcanzado la nada despreciable suma de 193.406.424 ptas, cuyos intereses de demora, por la pérdida del valor del dinero desde esa misma fecha, ascendían a 92.754.277 ptas.

Pues bien, en la temporada 1993/1994 según figura al folio 253 del informe pericial, el rendimiento neto de estas disponibilidades líquidas y activos financieros, pues TEGASA invirtió con ellos en letras del Tesoro y en Bonos del Estado, ascendía a 1.843.393 ptas. y en la temporada 1994-95 a 21.506.072 ptas.

Es claro que si no hubiera existido la interposición de TEGASA en la gestión del Real Betis, estas sumas no hubieran salido de las arcas del Club nin se las habría apropiado la primera.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

2) El segundo acto de apoderamiento es el relativo a la partida de acciones del Real Betis Balompie no pagadas por FARUSA equivalentes a 206.626.424 ptas a las que en otro apartado de esta resolución hicimos referencia. Estas 20.662 acciones se adquieren por el Sr. Ruiz de Lopera mediante supuesta adquisición derivada, aunque indiciariamente estaban en autocartera, y ello a partir del 1 de julio de 1992 **tras la constitución del Real Betis como Sociedad Anónima Deportiva**, de conformidad con el contrato de 30 de junio de 1992. De estas acciones cuyo origen ya ha quedado debidamente descrito, **su titularidad y posesión material e inmediata desde el 30 de octubre de 1992 al menos, fecha del primer listado de socios, la ha ostentado materialmente FARUSA**, pues integran parte de las acciones enumeradas de la 1 a la 55.350 que se contemplan en dicho listado como pertenecientes a ella, disfrutando de sus derechos políticos desde el 30 de junio de 1992, y que evidentemente, dicho esto en términos indiciarios, han enriquecido ilícitamente a FARUSA o lo que es lo mismo al Sr. Ruiz de Lopera que no desembolsó supuestamente al Real Betis Balompie dichas acciones, que integran el nada desdeñable porcentaje del 31,38% del capital social del Club.

Por todo lo expuesto, procede desestimar íntegramente la petición del Ministerio Fiscal efectuada en su informe de fecha 20 de abril de 2010, manteniendo la vigencia de la investigación ordenada.

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Desestimar íntegramente la petición del Ministerio Fiscal efectuada en su escrito de fecha 20 de abril de 2010, por los razonamientos anteriores, manteniéndose la vigencia de la investigación ordenada.

PONGASE ESTA RESOLUCION EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMAS PARTES PERSONADAS,



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, **RECURSO DE REFORMA** en el plazo de **TRES DIAS**.

Así lo acuerda, manda y firma D. MERCEDES ALAYA RODRIGUEZ, MAGISTRADA JUEZ del JUZGADO DE INSTRUCCION N° 6 DE SEVILLA y su partido.- Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.