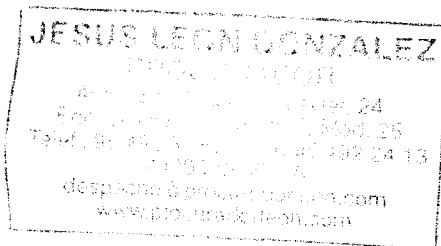




ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



21/11/2011

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

RECURSO: Apelación Penal 8400/2010
ASUNTO: 101341/2010
Proc. Origen: Diligencias Previas 2172/2008
Juzgado Origen : JUZGADO DE INSTRUCCION Nº6 DE SEVILLA
Negociado: R
Apelantes: MINISTERIO FISCAL, MANUEL RUIZ DE LOPERA, M^a MERCEDES FERRARO DE MORA, FRANCISCO JAVIER PAEZ RUIZ, GUILLERMO MOLINA PEREZ y M^a TERESA GONZALEZ MARTINEZ
Procurador: CARMEN RODRIGUEZ CASAS, MARIA DOLORES BERNAL GUTIERREZ y JAVIER DIAZ DE LA SERNA CHARLO
Apelados: ASOCIACION "BETICOS POR EL VILLAMARIN" y ASOCIACIONES "POR NUESTRO BETIS" Y "LIGA DE JURISTAS BETICOS"
Procurador: NOELIA FLORES MARTINEZ y JESUS LEON GONZALEZ

AUTO Nº 21/2011

ILMOS SRES.
PRESIDENTE:
JOAQUIN SÁNCHEZ UGENA

MAGISTRADOS:
MARIA DOLORES SANCHEZ GARCIA
JUAN ANTONIO CALLE PEÑA
MARIA AUXILIADORA ECHAVARRI GARCIA

JUZGADO DE INSTRUCCION N°6 DE SEVILLA
APELACIÓN ROLLO N° 8400/2010
DILIGENCIAS PREVIAS N° 2172/2008

En la ciudad de SEVILLA a veinte de enero de dos mil once.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de apelación interpuestos contra auto dictado en la diligencias referenciadas, cuyos recursos fueron interpuestos por el MINISTERIO FISCAL, MANUEL RUIZ DE LOPERA y ÁVALOS, M^a MERCEDES FERRARO DE MORA, FRANCISCO JAVIER PAEZ RUIZ, GUILLERMO MOLINA PEREZ, M^a TERESA GONZALEZ MARTINEZ, que están representados por los Procuradores CARMEN RODRIGUEZ CASAS, MARIA DOLORES BERNAL GUTIERREZ, JAVIER DIAZ DE LA SERNA CHARLO. Son partes recurridas ASOCIACION "BETICOS POR EL VILLAMARIN" y ASOCIACIONES "POR NUESTRO BETIS" Y "LIGA DE JURISTAS BETICOS", que están representados por los Procuradores NOELIA FLORES MARTINEZ y JESUS LEON GONZALEZ .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Instrucción del JUZGADO DE INSTRUCCION N°6 DE SEVILLA, el día 16 de Julio de 2010 dictó

auto cuya parte dispositiva acuerda: *"La adopción de las siguientes medidas cautelares: 1) Se requiere a D.Manuel Ruiz de Lopez la prestación de fianza en cualquiera de las clases admitidas en derecho en el plazo de CINCO DIAS para responder de la suma de VEINTICINCO MILLONES DE EUROS....."*

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpusieron recursos de reformas y subsidiarios de apelación por el MINISTERIO FISCAL y por las representaciones de MANUEL RUIZ DE LOPERA Y ÁVALOS, M^a MERCEDES FERRARO DE MORA, FRANCISCO JAVIER PAEZ RUIZ, GUILLERMO MOLINA PEREZ, M^a TERESA GONZALEZ MARTINEZ y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día para la votación y decisión del recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo.Sr. Magistrado D.JUAN ANTONIO CALLE PEÑA, quien expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Las representaciones procesales de Manuel Ruiz de Lopera y Ávalo, María Mercedes Ferraro de Mora, Francisco Javier Páez Ruiz, Guillermo Molina Pérez, y María Teresa González Martínez interpusieron recursos de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de fecha 16 de julio de 2010.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el referido auto.

Por auto de fecha 7 de septiembre de 2010, fue desestimado el recurso de reforma, teniéndose por interpuesto recurso de apelación, que fue interpuesto de forma subsidiaria.

A pesar de lo cual, las representaciones procesales de Manuel Ruiz de Lopera y Ávalo, María de las Mercedes Ferraro de Mora, Guillermo Molina Pérez y María Teresa González Martínez, interponen nuevamente recursos de apelación contra el citado auto de fecha 7 de septiembre de 2010. Recursos estos últimos que no debieron ser admitidos como tales, dado que ya se había interpuesto el recurso de apelación con carácter subsidiario al de reforma.

Esta actuación abusiva en la interposición de los recursos, resulta contraria a una ágil y eficaz administración de justicia. Pues la indebida interposición de nuevos recursos de apelación obliga a un nuevo traslado a las partes para alegaciones, añadiendo así nuevos trámites innecesarios y dilatorios. Además, los nuevos recursos de apelación indebidamente interpuestos, fundamentalmente el presentado por la representación procesal de Manuel Ruiz de Lopera, entremezclan las alegaciones ya realizadas en el primer recurso de reforma y subsidiario de apelación, con las nuevas alegaciones realizadas respecto del auto resolviendo el recurso de reforma, incurriendo así en reiteraciones innecesarias, que obligan a este Tribunal a examinar con una duplicidad redundante alegaciones ya formuladas. Lo que va en contra de la economía procesal, y resulta contradictorio con las alegaciones que realiza la representación procesal de Manuel Ruiz de Lopera, en relación con la tardanza en la

tramitación de los recursos (folio 12.849), y su petición de que sean resueltos con la mayor celeridad (folios 11.884 y 12.862).

SEGUNDO.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

1.- Afirma el Ministerio Fiscal que el auto recurrido incurre en un primer error derivado de una "evidente errata" de la Circular 1/2003, de 7 de abril, de la Fiscalía General del Estado, que alude a los presupuestos materiales de las medidas cautelares, como contenidos en el artículo 726 de la LECivil, "precepto que regula las características de las medidas cautelares, y no al artículo 728, que es el precepto que establece los presupuestos materiales de las mismas, y el precepto al que debió y creemos quiso aludir la Circular mencionada, pues no cabe la menor duda de que es éste y no aquél, el artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula los presupuestos de las medidas cautelares".

Interpretación ésta que no podemos compartir. Salvo las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal, ninguna evidencia hay de que la remisión al artículo 726 de la LECivil sea una errata. Cuando el artículo 726 de la LECivil condiciona la adopción de las medidas cautelares a la concurrencia de las "características" que en él se mencionan, está considerando éstas como presupuestos de aquéllas.

Entender que el precepto al que quiso aludir la Circular mencionada es el artículo 728, va en contra de la interpretación que realiza la citada Circular. Así, el núm. 1 del referido precepto exige que exista previa petición de parte, a quien se le impone además la carga de justificar que

podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, lo que se compadece mal con la afirmación categórica que se realiza en la citada Circular, en el sentido de que no es exigible previa petición de parte. Del mismo modo, el número 2 del citado artículo 728 también iría en contra de la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser adoptadas de oficio, sin necesidad de que medie petición de parte, al exigir que "El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito".

Por ello, entendemos que no son de aplicación las exigencias contenidas en el citado artículo 728, relativas a que "No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces", así como la exigencia de caución. Pues tales exigencias irían en contra de la interpretación que la citada Circular realiza de la remisión a la LECivil, cuando afirma que "ha de ser entendida en sus justos y estrictos términos".

Aun cuando, a efectos meramente dialécticos, fuera exigible el requisito

de que no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, no puede entenderse que dicho supuesto concurra el presente caso.

Afirma el Ministerio Fiscal que no se ha acreditado en autos, ni consta informado por los querellantes, el ejercicio de acciones sociales o individuales, ni las contenidas en los Estatutos, ante la jurisdicción competente, civil o mercantil, por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, realizados por el imputado en los 16 años previos a la denuncia. Pero, como se afirma en el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de la Asociación por Nuestro Betis, «hasta la... sentencia de 14 de diciembre de 2005 que recoge en sus hechos probados que "es el Betis quien financia TEGASA y no TEGASA quien financia al Betis" era absolutamente imposible conocer la verdadera naturaleza de las relaciones Lopera/Tegasa/Encadesa/Betis, por parte de accionistas individualmente considerados... y que es a raíz de la publicación de dicha sentencia cuando proceden a agruparse los accionistas con el fin de realizar acciones colectivas que finalizan con la presentación de la denuncia». Y, como se afirma en el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de la Asociación Liga de Juristas Béticos, cuando se emite la primera parte del informe pericial "es cuando se tiene base suficiente para solicitar una medida cautelar".

En cuanto a la exigencia de caución, realizada una búsqueda en la base de datos de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial, que

contiene la totalidad de las resoluciones judiciales, y no una mera selección de las mismas, como suelen contener las bases de datos comerciales, no hemos encontrado ninguna resolución que exija caución a la víctima o perjudicado.

A diferencia del proceso civil, en el proceso penal no se exige la constitución de fianza, cuya exigencia podría provocar situaciones de desprotección a la víctima, sería incompatible con que la solicitud de medida cautelar fuera formulada por el Ministerio Fiscal, o acordada de oficio, como admite la citada Circular, y resultaría contradictorio con el hecho de que no se exija para adoptar medidas cautelares de carácter personal, como lo es la prisión provisional, cuando es solicitada por la acusación particular, tal y como alega en su escrito de impugnación la Asociación Liga de Juristas Béticos.

En cualquier caso, este debate resulta en cierta manera estéril, por cuanto que las medidas cautelares pueden ser adoptadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la LECr., como de hecho podían acordarse con anterioridad a la introducción de la actual redacción del artículo 764 realizada por la Ley 38/2002, de 24 octubre.

2.- Afirma el Ministerio Fiscal que las medidas que se han adoptado en el auto recurrido, ni son las solicitadas, ni son menos gravosas que las solicitadas por las acusaciones particulares, como exige el último inciso del artículo 721.2 de la LECivil. Y así se evidencia en la medida cautelar cuarta, de suspensión e inhabilitación para ostentar cargos en el Consejo de Administración del Real Betis Balompié, cuyo contenido trasciende a

un amplio círculo de personas, ni siquiera denunciadas por su participación o colaboración en los presuntos delitos investigados.

Alegación que tampoco puede prosperar. Pues con ella el Ministerio Fiscal esta soslayando la posibilidad admitida en la Circular 1/2003, de que las medidas cautelares pueden ser adoptadas de oficio.

Y en cuanto al hecho de que trascienda al círculo de personas que se mencionan en la medida cautelar cuarta del auto recurrido, viene justificado por la Instructora al afirmar en el citado auto: "a fin de evitar que pueda dirigir el Consejo de administración a través de personas interpuestas, instrumento que ha utilizado habitualmente para la gestión del Real Betis"; o como se afirma en el auto resolviendo el recurso de reforma: "pues el acudir a testaferros, amigos íntimos o familiares, ha sido un procedimiento habitual" en Manuel Ruiz de Lopera.

Además, la cuestión radica en que quizás la redacción del auto, en lo que a este punto se refiere, no sea afortunada, pues atendiendo a la finalidad perseguida por la Instructora (evitar que pueda dirigir el Consejo de administración a través de personas interpuestas), debe ser entendida en el sentido de prohibir a Manuel Ruiz de Lopera que pueda designar por sí, o a través de Farusa, de forma directa o encubierta, a alguna de estas personas como Consejero o Consejero Delegado.

En cualquier caso, este motivo del recurso ha perdido su objeto, desde el momento en que ha sido acordada una administración judicial sobre las acciones del Real Betis Balompié S.A.D.

3.- En cuanto al requisito *fumus boni iuris*, afirma el Ministerio Fiscal que "en estos momentos no puede afirmarse con un mínimo de rigor que haya resultado finalmente perjudicado el Real Betis Balompié".

Alegación que no puede prosperar. Pues aunque se trate de un informe parcial en cuanto a su extensión, dado que sólo viene referido a los ejercicios que van desde la temporada 1993/94 a la 1998/99, temporada esta última en la que finalizan las relaciones contractuales entre el Real Betis Balompié y TEGASA, lo cierto es que evidencia que durante ese período se han realizado las operaciones que describen los peritos en su informe, que por su extensión damos aquí por reproducidas, para evitar reiteraciones innecesarias e indeseables, operaciones que han ocasionado al Real Betis Balompié un perjuicio económico de más de 10 millones de euros.

4.- Cuestiona el Ministerio Fiscal que en el informe pericial se haya incluido la partida correspondiente al pago por el Real Betis Balompié de la responsabilidad civil de Manuel Ruiz de Lopera por la condena relativa a dos delitos contra la Hacienda Pública, afirmando que la sentencia no contiene pronunciamiento de condena al abono de responsabilidades civiles, al haberse producido el pago de la deuda tributaria con carácter previo a la sentencia.

Alegación que no podemos compartir. Pues el hecho de que la deuda tributaria se pagara antes de la celebración del juicio no desvirtúa que el

pago realizado lo fue en concepto de responsabilidades civiles, y así se recoge en los hechos probados de la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2005, del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla, que en su último párrafo afirma: "TEGASA ha presentado en el Juzgado escrito en el que aplica la cantidad que le corresponde por la devolución... así como sus intereses al pago de la responsabilidad civil derivada de este escrito del Real Betis Balompié S.A.D."

En el momento procesal en el que se encuentra la causa, no puede descartarse, sin más, la inclusión de la citada partida. Pues, aunque las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública lo fueron por el impuesto de sociedades, cuyo pago corresponde al Real Betis Balompié, no puede olvidarse que tal defraudación fue consecuencia de la actuación de Manuel Ruiz de Lopera en su calidad de Presidente y Consejero Delegado de la entidad, según se recoge en los hechos probados de la citada sentencia, donde se afirma que "se contabilizaron como gastos deducibles conceptos que el R. B. B. S. A. D., dirigido por el acusado, no ha podido justificar que mereciesen tal calificación". Por lo que a priori, nada impide apreciar que esta conducta de Manuel Ruiz de Lopera causó un perjuicio al Real Betis Balompié. En este sentido, se señala en el informe pericial "no sólo se ha defraudado a la Hacienda Pública sino también a los accionistas del propio RBB al ocultar el verdadero resultado del contrato con TEGASA" (folio 265 del informe pericial), detallando a continuación las diversas operaciones que avalan dicha conclusión, entre las cuales se señala la existencia de negocios simulados (folio 266 del informe pericial).



En todo caso, debe recordarse, como señala el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 2 de octubre de 1995, dictado en la causa especial 880/91, que "los supuestos defectos que se imputan al auto, o las alegaciones exculpatorias para negar la existencia de conductas delictivas o la participación en ellas de los recurrentes, exceden, como se ha dicho ya, del ámbito procesal de ahora", añadiendo que "cualquier declaración ahora en orden a la conducta de los presuntos inculcados, supondría introducir en el debate jurídico conclusiones precipitadamente inoportunas, pues significarían, con los efectos consiguientes a ello, una predeterminación de lo que en su momento, si a ello hubiere lugar, se acordare".

5.- Se alega que la afirmación realizada en el auto impugnado respecto "a que existen fundados indicios de que el nuevo informe pericial que se espera revele continuados apoderamientos en esta segunda etapa" es una presunción contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia del imputado y demás querellados.

Alegación que en modo alguno podemos compartir. Podrá tratarse de una presunción contra reo, pero nunca una presunción contraria a la presunción de inocencia, pues no se trata de un pronunciamiento condenatorio, siendo evidente que los imputados continúan amparados por la presunción de inocencia. Solo frente a una sentencia condenatoria se podría pretender la vulneración del principio que se invoca.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de Junio de 1997



(RTC 1997/107), establece: "En el primero de los motivos de la demanda se invoca como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. La queja no puede ser acogida por ser patente que el actor, en el momento de interponer la demanda de amparo, no había sido declarado culpable de los hechos que se le imputaban, por lo que difícilmente cabe extraer de los autos impugnados quiebra alguna del art. 24.2 CE. Precisamente, aun soportando la medida cautelar de prisión provisional, al no haber sido declarado culpable de los hechos delictivos que se imputan, sigue gozando de la presunción de inocencia (STC 128/1995). Ésta opera en el proceso como regla de juicio y constituye, a la vez, una regla de tratamiento del imputado (SSTC 109/1986 [RTC 1986\109] y 67/1997 [RTC 1997\67])", y el auto del Tribunal Constitucional de 24 de Julio de 2000 (RTC 2000/191) que: "La lesión del derecho a la presunción de inocencia conectada con lo anterior, carece de nuevo de contenido constitucional. De un lado, no existiendo declaración de culpabilidad, el derecho a la presunción de inocencia carece de ámbito de aplicación (por todas STC 128/1995 F. 2)".

Ahora bien, esta censurable presunción contra reo queda salvada en el auto desestimando el recurso de reforma, pues en él describe la Instructora una serie de indicios en los que apoyar la afirmación de que los delitos se han cometido también durante la etapa de ENCADESA (folios 12.298 y siguientes).

TERCERO.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA

REPRESENTACIÓN PROCESAL DE MANUEL RUIZ DE LOPERA Y ÁVALO

1.- Se recogen en el escrito de interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación, expresiones dirigidas a la Sra. Instructora, que resultan inadmisibles, por muy amplio que quiera entenderse el derecho de defensa.

Por otro lado, se formulan unos escritos de recursos innecesariamente extensos, por reiterativos. Los argumentos pueden llegar a convencer porque sean consistentes, no porque se repitan una y otra vez, obstinadamente, a lo largo de los escritos.

2.- Se alega por el recurrente vulneración de derechos fundamentales y garantías procesales.

A) Vuelve el recurrente a alegar "investigación general". Cuestión ésta sobradamente alegada y resuelta en recursos anteriores. Por lo que su reiteración es manifiestamente temeraria. Lo que basta, sin más, para desestimarla, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 de la L.O.P.J., que establece: Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

B) En contra de lo que sostiene el recurrente, las medidas cautelares ni se desvían manifiestamente de las finalidades previstas en la ley, ni

imponen consecuencias jurídicas ajenas a los fines del proceso penal. Cosa distinta es que no se comparta la adopción de las mismas.

C) Tampoco puede prosperar la alegación del recurrente relativa a que la resolución apelada va en contra de las resoluciones dictadas por esta Sala. Pues en el auto de 23 de marzo de 2009, se acordó dejar sin efecto la práctica de las diligencias de investigación acordadas en relación con la sociedad Betis Sport; y en el auto de 26 de febrero de 2010, se acordó dejar sin efecto la ampliación de la investigación a las presuntas irregularidades por parte de FARUSA en la suscripción y desembolso de las 30.869 acciones que adquirió a 30 de junio de 1992; mientras que en el auto aquí recurrido no se acuerdan diligencias de investigación algunas en relación con la venta de las acciones propiedad de Farusa.

D) Se alega infracción del principio de audiencia. Afirmando que la compradora de las acciones del Real Betis Balompié S.A.D. que titulaba Farusa no es la única entidad que ha visto limitado sus derechos sin haber sido oída, tampoco la vendedora, Farusa, tiene representación procesal en la causa.

Tal alegación no puede prosperar. Pues, como afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia del Pleno de 18 diciembre 2007: En efecto, este Tribunal ya desde la STC 48/1984, de 4 de abril, destacó, por un lado, que "la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24" (FJ 1) y, por otro, que "el

concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto -o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento-" (FJ 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que "una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella" (FJ 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que "una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie" (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 10 ó 130/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Y en el presente caso, no se acredita qué perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa se ha podido producir a Farusa, cuando el propio recurrente afirma que su «representado es un socio relevante de

Farusa, por ser administrador único de Frigimueble y ostentar esta mercantil el paquete mayoritario de Farusa. En términos mercantiles o societarios, puede afirmarse que "tiene el control" de Farusa» (folio 12.825). Así pues, se trata de una irregularidad procesal de la que no resulta posible apreciar que haya generado una indefensión material, por cuanto quien "tiene el control" de Farusa, es el aquí recurrente, que está ejercitando el derecho de defensa tanto en su propio nombre, como en el de Farusa, como lo demuestra este motivo del recurso, así como la alegación realizada en el recurso de apelación, al afirmar: "Mi representado... ha visto ahora suspendida la operación de venta del paquete de acciones de Farusa, impidiendo un desarrollo normal del calendario de pagos acordado con el comprador, obligándole al inicio de acciones civiles". Afirmación ésta de la que llama la atención que se diga "mi representado", y no Farusa, lo que denota la confusión o identidad de intereses. Pues bien, su representado, Manuel Ruiz de Lopera, fue oído, a través de su representación procesal, en la comparecencia celebrada para la adopción de medidas cautelares.

En este sentido, el ATC de 21 julio 2008, afirma: "no existió indefensión, que debe entenderse en su sentido material y efectivo y no en el meramente formal".

Todo ello, sin perjuicio, de que la Sra. Instructora, subsane a la mayor brevedad esta irregularidad procesal.

Y respecto de la entidad BITTON SPORT, el artículo 22 de la Ley del Deporte, establece: "Toda persona física o jurídica que pretenda adquirir

acciones de una Sociedad Anónima Deportiva o valores que puedan dar derecho directa o indirectamente a su suscripción o adquisición de manera que, unidos a los que posea, pase a detentar una participación en el total de los derechos de voto de la sociedad igual o superior al veinticinco por ciento, deberá obtener autorización previa del Consejo Superior de Deportes".

La compraventa de acciones realizada entre FARUSA y BITTON SPORT se realizó sin haber obtenido la citada autorización previa del Consejo Superior de Deportes, lo que se pretendió salvar en el contrato de compraventa, sometiendo la misma a la condición suspensiva de obtener la citada autorización. No vamos a entrar aquí a analizar si la citada falta de autorización previa es causa de nulidad o de anulabilidad, como sostienen algunas de las acusaciones particulares en sus escritos de impugnación de los recursos, al no ser éste el orden jurisdiccional competente para realizar dicha valoración. Pero en todo caso, la falta de cumplimiento de la condición suspensiva supone que el contrato no ha desplegado sus efectos, por lo que FARUSA continúa siendo la titular de las acciones, de manera que BITTON SPORT, no es ni puede ser parte en esta causa, por lo que tampoco en este caso ha habido infracción del principio de audiencia.

E) Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que se concreta en una motivación manifiestamente absurda, ilógica y arbitraria, que incurre en patentes contradicciones internas.

- Alegación que tampoco puede prosperar, al tratarse de una mera

valoración del apelante, subjetiva e interesada, realizada en el ejercicio del derecho de defensa de intereses de parte.

- En relación con la alusión que se realiza en el auto de 16 de julio de 2010, en referencia al artículo 13 de la LECr., al manifestar "no pueda mantenerse esta situación de presunto abuso de poder por parte de la accionista mayoritaria...", cuestiona el recurrente que ninguna de las acusaciones se ha referido en sus querellas o denuncias al artículo 291 del Código Penal, que se refiere a la adopción de acuerdos abusivos por el socio mayoritario y sujeto al requisito de perseguibilidad. Concretamente se formula la siguiente pregunta: "¿se mencionaba algún hecho constitutivo de delito de abuso de mayorías en las querellas?. Pues bien, en respuesta a esta pregunta hemos de señalar que en la querella formulada por la Asociación por Nuestro Betis y Asociación Liga de Juristas Béticos, se afirma "La acción consiste en una gestión desleal de la sociedad por el Sr. Ruiz de Lopera, **abusando** y **prevaliéndose** de las funciones propias de su cargo al poseer alrededor del 50% de su capital..." (folio 1884). A lo que cabe añadir, como se alega en el escrito de impugnación de la Asociación Liga de Juristas Béticos, que en la citada querella se afirma "Si bien en su momento procesal habrá lugar a la calificación definitiva de los hechos" (folio 1887).

- Cuestiona igualmente que las medidas cautelares se hayan adoptado dos años y medio después de iniciarse esta causa, cuando según el recurrente el artículo 13 de la LECr. sólo permite adoptarlas en los primeros momentos de la investigación judicial (folio 8 del escrito de

interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación). Sin embargo, al siguiente folio, entra en abierta contradicción con lo anteriormente manifestado, defendiendo que se debía haber esperado hasta que el informe pericial se complete. Es decir, al folio 8 de su recurso, la adopción de las medidas le parece al recurrente que son tardías, mientras que al folio 9 le parece que son prematuras.

El citado artículo 13, al margen lo referente a las primeras diligencias, permite proteger a los perjudicados por el delito, en cualquier momento durante la tramitación de la causa en que haya méritos bastantes para ello, a saber: "fumus bonis iuris" y "periculum in mora", como más adelante se examinará. Y el momento procesal en que han sido acordadas las medidas cautelares lo justifica adecuadamente la Instructora al folio 19 del auto resolviendo el recurso de reforma.

- Por otro lado, cuestiona el recurrente la existencia de "confusión patrimonial", que afirma la Instructora en el auto de 16 de julio de 2010, alegando que los peritos nunca han afirmado la existencia de la misma. Y aunque es cierto que los peritos no hablan de "confusión patrimonial, no lo es menos que afirman la existencia de una "confusión de intereses", los del Real Betis Balompié y los particulares de Manuel Ruiz de Lopera (folio 239 del informe pericial), dando preeminencia a los suyos particulares sobre los generales del Real Betis Balompié (folio 241 del informe pericial). Igualmente hablan de que se ha producido autocontratación (folio 269 del informe pericial).

3.- Ausencia de presupuestos para la adopción de las medidas cautelares reales adoptadas.

Los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares se resumen en los aforismos "fumus bonis iuris" y "periculum in mora", al que hay que añadir como acertadamente se recoge en el auto de 7 de septiembre de 2010, el de la proporcionalidad.

A) La concurrencia del primer requisito, "fumus bonis iuris", o lo que es lo mismo, apariencia de buen derecho, ya fue analizado al examinar el recurso del Ministerio Fiscal, a cuyas consideraciones nos remitimos. El informe pericial aunque parcial en cuanto a su extensión, dado que sólo viene referido a los ejercicios que van desde la temporada 1993/94 a la 1998/99, evidencia que durante ese período se han realizado las operaciones que describen los peritos, que han ocasionado al Real Betis Balompié un perjuicio económico de más de 10 millones de euros.

La Instructora analiza pormenorizadamente tanto en el auto de 16 de julio de 2010, como en el de 7 de septiembre de 2010, los indicios de criminalidad existentes contra los imputados, que por su extensión damos aquí por reproducidos, para evitar reiteraciones innecesarias e indeseables. Indicios éstos que permiten afirmar la concurrencia del requisito "fumus bonis iuris".

- Se afirma por el recurrente que el informe pericial "despliega demoledores efectos sin posibilidad de ser contradicho".

Alegación que mal puede prosperar, a la vista de las manifestaciones que

el propio recurrente realiza en el escrito de interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación: «Conviene recordar que los peritos emitieron un primer "dictamen", parcial, provisional y sujeto a revisión, de fecha 25.03.2010, que no ha sido ratificado a presencia judicial. Tras su lectura, esta parte presentó, de manera inmediata -el 31 de marzo- un escrito de alegaciones en el que expuso una primera réplica de corte genérico, anunciando asimismo la presentación de un segundo escrito centrado en el análisis económico practicado por los peritos. El 28.04.2010 los peritos replicaron el presentado por esta parte el 31 de marzo. El 21.05.2010 esta parte formuló el escrito anunciado en el de 31 de marzo y, de paso, contestó la citada réplica pericial. Finalmente, el 4.06.2010 esta parte presentó un último escrito formulando alegaciones complementarias y aportando documentación acreditativa de lo expuesto en éste y los anteriores escritos" (folio 11.863). Ante tales manifestaciones, ¿cómo puede afirmarse con un mínimo de seriedad que no ha tenido posibilidad de contradecir el informe pericial?».

- Por otro lado, afirma el recurrente que el auto apelado insiste en traer a la causa la suscripción y desembolso de las 30.869 acciones adquiridas por Farusa el 30 de junio de 1992, y que en el auto de 26 de febrero de 2010 de esta Sala, se acordó dejar sin efecto la ampliación de la investigación a las presuntas irregularidades por parte de FARUSA en la suscripción y desembolso de las mismas.

Esta cuestión es aclarada por la Instructora en el razonamiento jurídico segundo del auto desestimatorio del recurso de reforma de fecha 7 de septiembre de 2010, por lo que a la vista de los argumentos allí

expuestos, no consideramos que se haya producido la desobediencia alegada por el recurrente.

B) En cuanto al segundo requisito, “periculum in mora”, o lo que es lo mismo, peligro de que durante la tramitación de la causa penal pueda ponerse en riesgo, o se dificulte, la efectividad de la resolución principal, si fuere condenatoria, el Ministerio Fiscal no cuestiona la concurrencia de dicho requisito, mientras que el recurrente afirma que cuenta con dos resoluciones de esta Audiencia Provincial que, de una parte, despejan toda duda sobre la titularidad de las acciones de Farusa, y de otra, sobre la legalidad de su venta.

- Estas alegaciones son manifiestamente temerarias al ser ostensiblemente contrarias a la realidad. Pues ni del auto de 23 de marzo de 2009, en el que se acordó dejar sin efecto la práctica de las diligencias de investigación acordadas en relación con la sociedad Betis Sport, ni del auto de 26 de febrero de 2010, en el que se acordó dejar sin efecto la ampliación de la investigación a las presuntas irregularidades por parte de FARUSA en la suscripción y desembolso de las 30.869 acciones que adquirió a 30 de junio de 1992, pueden extraerse tales conclusiones.

En el primero de los autos citados se indicaba que no se apreciaba indicios de delito en relación con la supuesta venta de acciones a la sociedad Betis Sport. Y en el segundo de los mencionados autos se indicaba que de los hechos a los que se pretendía ampliar la investigación no se desprendía la existencia de una mínima apariencia de tipicidad penal, y que las presuntas irregularidades por parte de Farusa

en la suscripción y desembolso de las 30.869 acciones que adquirió a 30 de junio de 1992 no guardan relación con el objeto de investigación de estas Diligencias Previas, y por consiguiente que no considerábamos justificada la ampliación de la investigación a dichos hechos.

Que en esos hechos no se apreciara una mínima apariencia de tipicidad penal que justificara la investigación de los mismos, en modo alguno permite extraer la conclusión que realiza el apelante que "despejan toda duda sobre la titularidad de las acciones de Farusa", y nada tiene que ver con que la venta de las acciones pueda ser considerada como un intento de eludir las responsabilidades civiles.

Pero el colmo de la temeridad llega con la alegación que realiza el recurrente en el escrito de apelación indebidamente formulado contra el auto desestimatorio del recurso de reforma, al afirmar "si la Sala resuelve que la venta por Farusa de sus acciones no es delito... ese pronunciamiento es aplicable y debe ser respetado por el juez inferior, cualquiera que sea el comprador". Es decir, pretende tener inmunidad frente a cualquier actuación delictiva que eventualmente pueda realizar con la venta de las acciones en supuestos y circunstancias distintos a los que fueron analizados por las resoluciones de esta Sala. Sobran mayores consideraciones para desestimar las temerarias conclusiones que pretende extraer el recurrente, de las citadas resoluciones.

- El informe pericial sustenta las conclusiones a las que llega la Sra. instructora en el auto resolviendo el recurso de reforma, sobre la existencia de una continuidad delictiva con el resultado de apropiación de recursos y rendimientos derivados de la actividad deportiva del Real

Betis, que se ha llevado a cabo (en términos indiciarios) mediante una administración desleal y el consiguiente abuso de poder que le otorga poseer la mayoría de las acciones, haber sido Presidente del Consejo de Administración, o en la mayoría de los casos Consejero-Delegado, y dueño de las sociedades instrumentales que han provocado el vaciamiento patrimonial del Real Betis. A este respecto cabe señalar que en la declaración judicial prestada por Manuel Ruiz de Lopera reconoció que "es el único que ha tomado las decisiones en las relaciones existentes entre el Betis con Tegasa, Encadesa y el resto de sus sociedades" (folio 11.691).

- Por otro lado, la pretendida venta de las acciones a la sociedad BITTON SPORT no resulta inocua para el patrimonio del Real Betis Balompié. Pues como se señala por la Asociación por Nuestro Betis en su escrito de impugnación de los recursos, en el punto 4.2 del contrato se recoge que la compradora se obliga a que el Real Betis Balompié S.A.D., constituya un depósito en orden a garantizar la satisfacción de las cantidades adeudadas por el Real Betis Balompié S.A.D., siendo el incumplimiento de este punto por el comprador causa suficiente para resolver el contrato, es decir, se impone una obligación al Real Betis Balompié en beneficio de Manuel Ruiz de Lopera.

4.- En relación con las medidas concretamente adoptadas, se alega por el recurrente:

A) Que la fianza señalada carece de proporción y fundamento en tanto

los peritos no terminen su trabajo. Afirmando que la Instructora parte de una "palmaria presunción contra reo". Por lo que hemos de dar por reproducido aquí lo dicho al analizar esta misma cuestión planteada en el recurso del Ministerio Fiscal.

Teniendo en cuenta que los perjuicios económicos han sido evaluados por los peritos en algo más de 10 millones de euros, que en el auto desestimando el recurso de reforma la Instructora describe una serie de indicios en los que apoyar la afirmación de que los delitos se han cometido también durante la etapa de ENCADESA (folios 12.298 y siguientes), y que el artículo 589 de la LECr. establece que la fianza no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias, no consideramos desproporcionado el importe de la fianza establecido en el auto recurrido.

Sin que tampoco pueda prosperar la alegación del recurrente relativa a que el dispositivo primero del auto "parece hurtar esa facultad que mi representado tiene de señalar bienes"... "parece que se establece una preferencia a favor de las acciones...". Pues tal apreciación, basada en suposiciones y conjeturas "parece", no se desprende del tenor literal de la resolución recurrida.

B) Cuestiona el apelante la prohibición a Farusa de disponer de las acciones del Real Betis Balompié SAD tituladas a su nombre, y la prohibición que se impone a Farusa de ejercitar los derechos políticos de las acciones que integran su paquete accionarial. Concretamente, que la

prohibición se extienda a todo el paquete de Farusa, incluidas las 30.869 acciones respecto de las que el auto de esta Sala, de 26 de febrero de 2010, acordó dejar sin efecto la ampliación de la investigación a las presuntas irregularidades por parte de Farusa en la suscripción y desembolso de las mismas.

Alegación que tampoco puede prosperar. Pues que la investigación penal no se extienda a las presuntas irregularidades por parte de FARUSA en la suscripción y desembolso de las citadas acciones, no es óbice para que puedan adoptarse medidas cautelares civiles sobre las mismas. A este respecto, afirma la Asociación Liga de Juristas Béticos "cierto que parte de las acciones propiedad del Sr. Ruiz de Lopera no están cuestionadas, pero sí su uso en perjuicio de la sociedad" (folio 12.238). Los indicios de su uso en perjuicio de la sociedad a los que se refiere la Instructora tanto en el auto de 16 de julio de 2010, como en el auto resolutorio del recurso de reforma, son los que justifican que la prohibición abarque a todo el paquete accionarial.

Por otro lado, discrepa el apelante de que se haya prohibido la venta de todas las acciones, y no tan sólo de las 20.662 cuya titularidad por Farusa se cuestiona, permitiendo la normal transmisión del resto.

A este respecto hemos de señalar que por parte de la Asociación Béticos por el Villamarín, y en relación con la venta de las acciones a la mercantil Bitton Sport, se afirma: "conviene resaltar el Informe emitido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil con fecha 14 de julio de 2010, donde sus conclusiones hace referencia a que la

operación de compraventa interviene un complejo entramado empresarial en el que se utilizan testaferros y domicilios sociales inexistentes... Sí resulta extraño que en una operación de este tipo no se utilice un procedimiento con una mayor normalidad aparente" (folio 13.083).

Efectivamente, examinado el citado informe de la Unidad Central Operativa, Delincuencia Económica, obrante a los folios 12.004 y siguientes, se comprueba que la citada afirmación aparece en la primera de las conclusiones. En la conclusión segunda se afirma: "Que la figura de Luís Oliver es la cabeza visible de la operación, tras la cual hay otros inversores". Y en la conclusión tercera se afirma: Que la empresa DESARROLLOS DE INTERIORES BITTON ESPAÑA S.L., así como su administrador José Julio Antón Vicente, no son más que meros instrumentos de dicha operación, la cual facilita la misma pero carecen de recursos propios para hacerla de por sí" (folio 12.008).

Por su parte, en el informe ampliatorio al anterior, de fecha 7 de octubre de 2010, de la Unidad Central Operativa, Delincuencia Económica (folios 13.405 y siguientes), se afirma:

En la conclusión tercera: "la operación de compra-venta se formaliza por empresas que, en principio, carecen de capacidad financiera para llevarla a cabo. En este sentido debe incidirse en el hecho de que las empresas "fiadoras" han sido adquiridas por Luís OLIVER y Ángel VERGARA, y lo han sido por el precio de 1€, lo que indica que carecen de capacidad económica-financiera para cumplir las obligaciones dimanantes de la operación analizada, y en consecuencia generar los recursos necesarios,

al tiempo que no consta financiación externa para tal cumplimiento.

Esta operación de compra-venta es garantizada, además, personalmente por Luís OLIVER ALBESA, del que se desconoce su actual situación financiera, si bien si puede afirmarse que carece de propiedades inmobiliarias registradas a su nombre" (folio 13.420).

En la conclusión cuarta: "Que la operación de compra-venta de las acciones que del RBB propiedad de FARUSA a favor de BITTON SPORT SL, queda marcada por un acuerdo que hasta el momento no había sido conocido. Dicho acuerdo es el de pignoración de las acciones adquiridas por parte de BITTON SPORT a favor de FARUSA. Omitiéndose en la escritura de afianzamiento que BITTON SPORT no era propietaria de las acciones dadas en prenda, por estar sometida la transferencia de la propiedad a condición suspensiva, la cual no se ha cumplido a la fecha: autorización de la operación de compraventa de las acciones del RBBSAD por el CSD".

En la conclusión quinta: "Dicha pignoración supone que las acciones quedan en poder de FARUSA como acreedor pignoraticio, si bien los derechos políticos si serían ejercidos por el propietario pignorante (BITTON SPORT). También supone que, en caso de que se produjera un impago por parte de BITTON y FARUSA decidiera ejercitar esta garantía, ésta volvería a ser propietaria de las acciones con todos los derechos que ello conlleva. Debe tenerse en cuenta que el primero de los cheques, con fecha de vencimiento 02.09.2010, ha sido devuelto por incorriente".

En la conclusión sexta: "Resulta especialmente reseñable el hecho de que no se haya dado a conocer la circunstancia de la pignoración de las

acciones, hecho que puede ser comprensible, pero no así el hecho de que el RBB, a pesar del conocimiento que tenía de la operación al encontrarse presente en el acto notarial el Secretario de la entidad, no procediese a su inscripción en el Libro de Socios de la entidad, como así se pone de manifiesto cuando el día 23 de julio de 2010 se hace entrega de dicho Libro a esta Unidad, reflejándose en él la venta de las acciones del RBB propiedad de FARUSA a BITTON SPORT, el día 1 de julio de 2010, cuando realmente el contrato y el acto notarial se produjeron el día 7 de julio de 2010, la compra de acciones a particulares por parte de Luís OLIVER y Ángel VERGARA el día 22 de julio de 2010, y una anotación de la suspensión de la venta en virtud del Auto Judicial de fecha 16 de julio de 2010; sin embargo nada se inscribe en dicho Libro respecto a la prenda constituida el día 7 de julio de 2010, sobre dichas acciones favor de FARUSA, tal y como dispone el Art. 55 de la Ley de Sociedades Anónimas".

En definitiva, estas conclusiones policiales no vienen sino a aportar indicios de lo que en el auto resolviendo el recurso de reforma de 7 de septiembre de 2010, se afirma que era "pública y notoria sospecha" que la operación de venta podía ser simulada, "y que la alargada figura de D. Manuel Ruiz de Lopera pudiera estar detrás del comprador". Y constituyen un motivo más que justifica que la prohibición de venta de las acciones se extienda a todo el paquete de Farusa.

C) Considera el recurrente que no se puede justificar esta medida cautelar como medio de asegurar una eventual responsabilidad civil en la

sentencia. Pero olvida, como indica el auto recurrido, que la finalidad de las medidas cautelares es doble: en primer lugar, asegurar las responsabilidades pecuniarias, y en segundo lugar, evitar que pueda cometer hechos delictivos de análoga naturaleza... "para que no pueda mantenerse la situación de presunto abuso de poder por parte de la accionista mayoritaria, o lo que es lo mismo, por el Sr. Ruiz de Lopera, que ha derivado en tan importantes perjuicios económicos para el Club a través de la utilización de sus sociedades, TEGASA y ENCADESA, que han dispuesto indiciariamente de los ingresos del Betis para garantizar su subsistencia, la del resto de sus sociedades participadas y en definitiva para su lucro personal e ilegítimo" (folios 11.735 y 11.736). O como se afirma en el auto desestimatorio del recurso de reforma: se adoptan dos tipos de medidas precautorias, por un lado, la fianza y, en su caso, el embargo de los bienes precisos para asegurar la responsabilidades pecuniarias, y por otro, las dirigidas a otorgar la protección necesaria a los socios y a la sociedad ante el riesgo cierto de que se continúe el ejercicio abusivo del poder que ostenta el principal imputado en esta causa, derivado de ser el Consejero Delegado con todas las facultades del Consejo de administración, y accionista mayoritario del Real Betis a través de Farusa."Dicho riesgo debe ser medido en función de las presuntas actividades delictivas cometidas en el ejercicio desleal de dicha administración, lo que permite presumir, al mantenerse las mismas cuotas de poder, que tales actividades delictivas en perjuicio de los socios minoritarios y de la propia sociedad pueden volver a producirse de no eliminarse cautelarmente dichas circunstancias" (folio 12.306). Por lo que resulta evidente que la medida cautelar responde a esta

segunda finalidad. Finalidad ésta que justifica igualmente la prohibición que se impone a Farusa de ejercitar los derechos políticos de las acciones que integran su paquete accionario. Añadiendo el auto recurrido "Debemos ser conscientes que con el paquete mayoritario que ostenta Farusa en la misma tiene quórum suficiente para la constitución de las Juntas Ordinarias y quórum suficiente para la adopción de cualquier acuerdo dirigido a su propio provecho y al de sus sociedades. Por ello el principio de proporcionalidad y la necesaria protección de la sociedad pasa por evitar en lo sucesivo el uso ilegítimo del poder por parte del Sr. Ruiz de Lopera para tales fines".

D) En definitiva, se trata sin duda de unas medidas cautelares drásticas, pero teniendo en cuenta lo expuesto, no podemos considerar injustificadas las conclusiones asumidas por la Instructora para la adopción de las mismas. Concurriendo igualmente el requisito de la proporcionalidad, a la vista de los indicios sobre la entidad del perjuicio y el riesgo cierto de que se continúe produciendo durante la pendencia de la causa.

CUARTO.- RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR LAS REPRESENTACIONES PROCESALES DE MARÍA MERCEDES FERRARO DE MORA, FRANCISCO JAVIER PÁEZ RUIZ, GUILLERMO MOLINA PÉREZ, Y MARÍA TERESA GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Habida cuenta de la similitud de las alegaciones realizadas por los citados apelantes, los recursos serán examinados conjuntamente.

1.- Se alega que no se justifica la necesidad de adopción de medida cautelar en relación con los citados recurrentes.

Alegación que no puede prosperar. Así en el auto recurrido se afirma: "En el caso de autos existe todo un entramado de sociedades con una unidad o rectoría de gestión que es la de D. Manuel Ruiz de Lopera". "Se palpa la presunción de la existencia de una caja única, en la que las decisiones se toman de manera conjunta, asumiendo unas empresas obligaciones de otras o realizando operaciones que nunca entidades independientes realizarían...". Y concretamente en cuanto a la justificación de la citada medida respecto de los aquí recurrentes, se afirma expresamente: "a fin de evitar que (Manuel Ruiz de Lopera) pueda dirigir el Consejo de administración a través de personas interpuestas, instrumento que ha utilizado habitualmente para la gestión del Real Betis...".

2.- Se solicita el sobreseimiento de las actuaciones respecto de los citados recurrentes.

Pretensión que tampoco puede prosperar, pues en el auto resolviendo el recurso de reforma se afirma: "el total de ingresos percibidos por TEGASA derivados de la actividad deportiva del Real Betis y de su relación contractual con el Club y de los que se habría apropiado

ilícitamente el Sr. Ruiz de Lopera con el auxilio de los otros inculpados...". De donde claramente resulta que dicha solicitud es extemporánea, por prematura, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra la causa, aún en fase de investigación.

3.- Se invoca falta de motivación del auto de fecha 7 de septiembre de 2010, al no hacerse referencia alguna en los razonamientos jurídicos del mismo a las alegaciones realizadas por dichas partes. Así como incongruencia omisiva respecto de su petición de sobreseimiento, solicitando las representaciones procesales de María de las Mercedes Ferraro de Mora, Guillermo Molina Pérez, y María Teresa González Martínez, que se declare la nulidad del citado auto.

A) Respecto a la primera de las alegaciones, falta de motivación del auto de fecha 7 de septiembre de 2010, al no hacerse referencia alguna en los razonamientos jurídicos del mismo a las alegaciones realizadas por dichas partes, hemos de señalar que el fundamento jurídico cuarto del citado auto, reitera lo expuesto en el auto de 16 de julio de 2010 en relación con la teoría del levantamiento del velo, volviendo a manifestar: "como se decía en el auto recurrido... se palpa la presunción de la existencia de una caja única, en la que las decisiones se toman de manera conjunta, asumiendo unas empresas obligaciones de otras o realizando operaciones que nunca entidades independientes realizarían...". Por lo que se realiza una remisión al auto recurrido, en el que, como se dijo anteriormente, se justifica la citada medida respecto de los aquí recurrentes: "a fin de evitar que (Manuel Ruiz de Lopera) pueda dirigir el

Consejo de administración a través de personas interpuestas, instrumento que ha utilizado habitualmente para la gestión del Real Betis...". Además, en el razonamiento jurídico primero del auto resolviendo el recurso de reforma se afirma: "Por lo que respecta a los indicios de la comisión por el Sr. Ruiz de Lopera, en connivencia con otros inculpados, de un presunto delito continuado de apropiación indebida por gestión desleal en las temporadas 1993/94 y 1994/95 y un delito continuado de apropiación indebida y/o societario igualmente en continuidad delictiva en el resto de las temporadas, indicios que justifican, a juicio de esta instructora, la adopción de las medidas cautelares ordenadas, ya fueron ampliamente expuestos en las trece páginas de la imputación judicial que se le realizó a dicho querellado previa su declaración judicial y que claramente se apoyan en la documentación recabada y fechada a partir de la constitución del Real Betis como S.A.D., además de la incorporada por la propia defensa, y fundamentalmente en el informe pericial...". Y en la citada imputación judicial a la que se remite, se afirma: "En una segunda fase ostentando el Sr. Ruiz de Lopera el poder absoluto del Real Betis S.A.D. decide a través de otra de sus empresas, la ya citada 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, gestionar, en connivencia con los imputados Francisco Javier Páez Ruiz y Guillermo Molina Pérez, de manera personalísima los recursos de la actividad deportiva del Club a través de los diversos contratos de arrendamiento de servicios que arrancan con el de 30-4-1993. La operativa que el Sr. Ruiz de Lopera diseña a través de dichos contratos y

que le permitirían indiciariamente de manera continuada apropiarse de parte de los recursos de la actividad deportiva del Real Betis y de los productos derivados de los mismos...".

Debiéndose recordar que la técnica de la motivación por remisión es constitucionalmente admisible con carácter general (por todas, SSTC 146/1990, de 1 de octubre, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 5; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10).

En este sentido, la STC, Sala 1ª, de 10 septiembre 2007, afirma: "Por último, también ha puesto de relieve este Tribunal que es constitucionalmente admisible que en las resoluciones por las que se resuelven recursos se produzca una motivación por remisión a los razonamientos de la resolución impugnada (por todas, STC 223/2003, de 15 de diciembre, FJ 4).

Del mismo modo, la STC, Sala 2ª, de 23 octubre 2006, afirma: "no resulta afectado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que la Sentencia impugnada contenga alguna remisión a los razonamientos jurídicos empleados en las resoluciones administrativas, pues este Tribunal ha aceptado, como motivación constitucionalmente adecuada, la motivación por remisión, en la medida en que permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial (entre otras muchas, STC 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2).

Por su parte, el ATC de 25 mayo 2007, establece: "En estos casos, y dado que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, la función del Tribunal debe limitarse a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si

el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 13/1987, de 5 de febrero y 108/2001, de 23 de abril)".

Por lo que este motivo del recurso ha de ser desestimado.

B) Y en cuanto a la segunda de las alegaciones, incongruencia omisiva respecto de su petición de sobreseimiento, hemos de indicar que la llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del órgano judicial del deber de atender y resolver aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho a la parte integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del T.C. 192/87, de 23 de junio; 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras; y del T.S. de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992, 3 de octubre de 1997 y 2 de diciembre de 2002, entre otras muchas).

La doctrina jurisprudencial estima que son necesarias para la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes condiciones:

- 1) Que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho.
- 2) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.

- 3) Que se trate de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión.
- 4) Que no consten resueltas en la resolución impugnada, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (STS 77/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo, 893/97, de 20 de junio y 2 de diciembre de 2002 , ente otras).

En este punto debe recordarse que es doctrina constante del Tribunal Constitucional, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva obliga a los Jueces y Tribunales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, de tal modo que el incumplimiento de dicha obligación constituye una lesión de aquel derecho fundamental (S.S.T.C. 14/1984, 177/1985, 142/1987, 69/1992 y 14 de octubre de 1997, entre otras).

Asimismo, se ha declarado que no es apreciable la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC núms. 169/1994, 91/1995 y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es

decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además, los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC 263/1993 y SSTs de 2 de julio de 1997, 14 de marzo y 28 de mayo de 1998, entre otras).

Aplicando esta doctrina el presente caso, hemos de concluir que no concurren los requisitos antes citados para apreciar la incongruencia omisiva. Dicha omisión debe interpretarse como una desestimación implícita o tácita que no incide en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se ha expuesto con anterioridad, la desestimación tácita se produce cuando la cuestión propuesta por la parte sea incompatible con la resolución dictada y que del conjunto de la resolución se permita conocer los motivos de tal decisión implícita desestimatoria. Y en este caso concreto, se ven reflejados en los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida los motivos de la desestimación. Así, conforme a lo expuesto en el punto anterior, en el auto resolviendo el recurso de reforma se contienen razonamientos incompatibles con el sobreseimiento de la causa respecto de los imputados aquí recurrentes, y que suponen una desestimación tácita de dicha pretensión.

QUINTO.- Aun cuando algunas de las alegaciones de la representación procesal de Manuel Ruiz de Lopera han sido, como se ha dicho a lo largo de esta resolución, temerarias, no puede calificarse como tal la totalidad de su recurso, por ello, no hay motivos para la imposición de las costas

al mismo, como tampoco la hay para imponerlas a los otros recurrentes, distintos al Ministerio Fiscal.

Por todo lo expuesto, este Tribunal acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, y por las representaciones procesales de Manuel Ruiz de Lopera y Ávalo, María Mercedes Ferraro de Mora, Francisco Javier Páez Ruiz, Guillermo Molina Pérez, y María Teresa González Martínez, contra el auto de fecha 16 de julio de 2010, del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, que confirmamos íntegramente, con las precisiones contenidas en los razonamientos jurídicos segundo, número 2, y tercero, número 2, letra D, declarando de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno, y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de Instrucción con testimonio de lo resuelto para su ejecución.

Así lo acuerdan y firman los Magistrados cuyos nombres se han consignado al principio. Doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

DILIGENCIA.-Seguidamente se expide testimonio que se deja unido al Rollo.Doy fe.