



LECTORES:

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 620/2004

LIBRE N°:846/2003

Fallo/Acuerdo : Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 05/05/2004

Procedencia: Audiencia Nacional

Fecha Sentencia: 04/06/2004

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala: Sr. Pérez Fernández-Viña

Escrito por: MEM

-Caso Atlético de Madrid

-Estudio de los Autos de Aclaración de 15 y 18 de Febrero de 2003

-En el presente caso se utilizaron para suplir la falta de motivación de la sentencia y modificar el fallo

-Consecuencias de la nulidad de los mismos

-Prescripción del delito de apropiación como consecuencia directa de la nulidad declarada de los autos de aclaración y a la vista del transcurso, con creces de los cinco años que la Ley exige para la prescripción del delito de apropiación. Art 113 del Código Penal de 1973

-Obligaciones del recurrente derivadas de la utilización del cauce casacional del art. 849-2º. Identificación de los documentos acreditativos del error. No cumplimiento de tal obligación por los recurrentes

-Delito de estafa por simulación de contrato. El Tribunal sentenciador cumplió con el deber de motivación desde la específica perspectiva de la prueba indiciaria a través de la cual llegó a la existencia de tal delito. Ambito del control casacional

RECURSO DE CASACIÓN N°: 846/2003

Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García

Vista: 05/05/2004

Secretaría de Sala: Sr. Pérez Fernández-Viña

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 620/2004

Excmos. Sres.:

D. Luis-Román Puerta Luis
D. Joaquín Giménez García
D. Julián Sánchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Junio de dos mil cuatro.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Gregorio Jesús Gil y Gil, Enrique Cerezo Torres, Miguel Angel Gil Marín y Promotora Inmobiliaria Alhambra, S.A.** (en concepto de responsable civil subsidiario), contra sentencia dictada el 14 de Febrero de 2003 por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delitos de apropiación indebida, falsedad y estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA; estando representados Gregorio Jesús Gil y Gil, Enrique Cerezo Torres y Miguel Angel Gil Marín por la Procuradora Sra. Díez Espi, y Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A., representada por el Procurador Sr. Ortega Fuentes; siendo partes recurridas **Promociones Futbolísticas S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Díez Espi, **Club Atlético de Madrid S.A.D.**, representado por el Procurador Sr. Morales Camprubí, **Rancho Valdeolivas, S.A.** representado por la Procuradora Sra. Díaz Solano y **María Jesús De Frutos Arriba**, representada por la Procuradora Sra. Díez Espi.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 6 incoó Procedimiento Abreviado nº 213/99, seguido por delito de apropiación indebida, falsedad y estafa, contra **Gregorio Jesús Gil y Gil, Enrique Cerezo Torres, Miguel Angel Gil Marín**, y como responsables civiles subsidiarios: **Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A., Promotora Inmobiliaria Guadiana S.A., Promotora Inmobiliaria El Generalife S.A., Myramco S.A., Promociones Futbolísticas S.A., Club Atlético de Madrid S.A.D., Rancho Valdeolivas S.A., Centro de Formación Nayade S.A., María de los Angeles Marín Cobo y María Jesús de Frutos Arribas**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 14 de Febrero de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El 1 de Julio de 1987, el acusado Gregorio Jesús Gil y Gil (en adelante Jesús Gil), mayor de edad, sin antecedentes penales computables, accedió a la presidencia del Atlético de Madrid Club de Fútbol (en adelante Club), y ocupó en esa misma fecha la vicepresidencia del Atlético de Madrid el también acusado Enrique Cerezo Torres, mayor de edad y sin antecedentes penales. Al acceder a la presidencia, Jesús Gil estaba decidido a hacer suyo el Club, que entonces era una Entidad Deportiva, configurada legalmente como una asociación privada sin ánimo de lucro, que no podía repartir beneficios, y cuyo patrimonio en caso de disolución revertería en la Comunidad Autónoma de Madrid. Para ello, se dispuso a confundir el patrimonio del club con el suyo, bien personal bien de sus empresas o de otras con ellos vinculadas, y no dudo en aportar su patrimonio para la adquisición de fichas federativas de jugadores, entre las que se incluyó la relativa al jugador Futre, cuyo fichaje esgrimió en la campaña electoral antes de ser elegido Presidente, o para otros gastos del Club.- Ante la situación deficitaria del Club, que arrojaba, en julio de 1.987, un patrimonio neto negativo de 1.883.586.643 pts, y a requerimiento del Consejo Superior de Deportes (en adelante C.S.D.), Jesús Gil se vinculó a sucesivos planes de saneamiento.- El ratificado por Jesús Gil el 16 de julio de 1.987 contenía las siguientes condiciones:

"1ª La contratación de jugadores profesionales por el valor de su traspaso, no comprometerá el patrimonio del Club Atlético de Madrid.- ...la adquisición de las fichas federativas han sido realizadas con dinero privado del presidente, tal adquisición se documentará mediante una operación de préstamo sin intereses, únicamente exigible de reintegro de la siguiente manera: a. Con cargo a los resultados positivos de la cuenta de explotación.- b. Con cargo al precio de traspaso a otras entidades deportivas de las fichas federativas de los jugadores profesionales así adquiridas, en el supuesto que haya superavit presupuestario. Producido el traspaso de las fichas federativas de uno de estos jugadores a otra entidad, del precio de su traspaso se cubrirá el déficit presupuestario que existiere, y el exceso, si existe, y hasta el valor de su adquisición, será utilizado para reintegrar éste.- Si en el ejercicio en que se produzca este traspaso existiere superávit, el préstamo sería reintegrado por el coste de adquisición de la ficha federativa, siendo el excedente que pudiera producirse del "Club Atlético de Madrid", que obtendría así un beneficio sin haber realizado ninguna inversión.- El préstamo será contabilizado como pasivo no exigible y compensado con el activo como inmovilizado inmaterial por el costo de adquisición de las fichas federativas de que se trate.- 2ª...la Junta Directiva del "Club Atlético de Madrid" y D. Jesús

Gil, como presidente de ella, expresamente otorgaran escritura pública responsabilizándose ante el Consejo Superior de Deportes del déficit presupuestario que pudiera producirse por su gestión, dejando además afecto a tal resultado negativo el valor de cesión a terceros de las fichas federativas de los jugadores profesionales, adquiridos para el club Atlético de Madrid con el patrimonio privado de G. Jesús Gil y Gil".- Un segundo plan fue suscrito por Jesús Gil en agosto de 1990, renovando el "compromiso" de 1987; y el día 30 de ese mes otorgó la correspondiente escritura pública.- En el apartado décimo de esa escritura se decía: "Para el supuesto de que el incremento de patrimonio neto negativo determinado por el laudo arbitral aprobado por la Asamblea o por la Junta General fuese superior al crédito a favor de DON JESUS GIL Y GIL, mencionado en el Apartado SÉPTIMO, el exceso será satisfecha por DON JESÚS GIL Y GIL, determinándose en el propio laudo las partidas del pasivo que han de ser atendidas con cargo a aquel exceso, fijándose así las fechas y títulos de vencimiento y exigibilidad de la deuda".- La escritura pública fue otorgada por Jesús Gil el 30 de Agosto de 1990.- En el marco de la confusión patrimonial Jesús Gil hizo que el club utilizara como propia la cuenta bancaria nº 18.600-271 de Banesto, siendo registrada en su contabilidad durante las temporadas 1989/90, 1990/91, 1991/92 y 1992/1993 como la cuenta nº 57.236 "Bancos e Instituciones de crédito Banesto c/c 18.600-271", si bien la titularidad de la cuenta bancaria correspondía a Jesús Gil. Y, con cargo y abono a dicha cuenta, se realizaban dos tipos de operaciones: -Operaciones financieras realizadas por G. Jesús Gil y Gil y su grupo de empresas, por las que estas empresas o el presidente financiaban al Club cuando necesitaban fondos o viceversa.- Operaciones derivadas de la actividad propia del Club: ingresos de taquillas, publicidad o televisión; pago de nóminas, adquisición o venta de derechos federativos de inscripción, pago a proveedores, etc...- Durante el periodo que abarca de 1989 a 1993 el movimiento de la cuenta 18.600-271 de Banesto descendió paulatinamente a medida en que los cobros y pagos propios de la actividad deportiva del Atlético de Madrid se hacían con abono y cargo en las cuentas bancarias de "Promociones Futbolísticas S.A.", perteneciente a Jesús Gil y que tenía cuentas en Banesto (Cta. nº 18261-271), Central Hispano (Cta nº 11225375), y Banco Santander (Cta nº 10.759). Ahora bien no todos los cargos y abonos de las cuentas bancarias de Promociones Futbolísticas, S.A. se derivaban de operaciones financieras del Atlético de Madrid, pues se incluían otros muchos apuntes cuya verdadera naturaleza se desconoce.- De esa manera el Club utilizaba como propia una cuenta bancaria de la que era

titular Jesús Gil, a través de la cual se realizaban los cobros y pagos propios de la actividad del Club. Cuando la tesorería no podía financiar su actividad, en lugar de pedir préstamos bancarios, Jesús Gil trasladaba fondos de otras cuentas suyas o de empresas que controlaba o de origen desconocido a la cuenta bancaria n° 18600-271 de Banesto para evitar un saldo negativo o no financiable por la entidad bancaria. Las cantidades aportadas por Jesús Gil se trasladaban a una cuenta acreedora que recogía las obligaciones del Club frente a su presidente. Cuando la actividad del Club generaba fondos suficientes se trasladaba el exceso de tesorería a otras cuentas bancarias de su presidente o de empresas por él controladas, contabilizándose dichas cantidades en una cuenta deudora que recogía las obligaciones de Jesús Gil frente al Club.- Con el designio ya expuesto de hacerse con la totalidad del Club, Jesús Gil, en colaboración con Enrique Cerezo Torres, hizo que el Atlético de Madrid le fuera reconociendo deudas no reflejadas en la contabilidad del Club, otorgándose escrituras notariales.- En la escritura pública de fecha 31 de Enero de 1989 Enrique Cerezo Torres, en nombre del Club, reconoce a Jesús Gil una deuda de 971.475.700.- ptas, y se estaba Gil un derecho de prenda sobre el contenido patrimonial transmisible a terceros de los derechos de cesión temporal y transferencia definitiva a otro club de 6 jugadores de la primera plantilla profesional.- En la escritura de 30 de Julio de 1990 Enrique Cerezo Torres, de nuevo en nombre del Club, reconoce a Jesús Gil una deuda por importe de 1.015.000.000.- ptas correspondientes la adquisición de los derechos federativos de otros siete jugadores, y se establece a favor de Jesús Gil otro derecho de prenda de contenido similar al establecido en la anterior escritura de Enero de 1989.- En cualquier caso esos reconocimientos, según los estatutos del Club, debían haber sido efectuados en Asamblea General y no en Junta Directiva, como meramente se llevó a cabo. Y, aunque Jesús Gil presentó anotaciones de los pagos realizados, no constaba la procedencia de los fondos con que se abonaban.- El mandato de la presidencia de Jesús Gil debía expirar en junio de 1991, pero no se produce el cese, ni la convocatoria de nuevas elecciones, ante la proximidad de la transformación de los clubes de fútbol en sociedades anónimas deportivas, prevista en la Ley 10/1990.- En la Asamblea General Extraordinaria de 24 de Septiembre de 1991, bajo la presidencia de Jesús Gil y con la asistencia de Enrique Cerezo Torres, como Vicepresidente 2º para Asuntos Sociales, se aprobó la transformación de la Entidad Deportiva Club Atlético de Madrid en Sociedad Anónima Deportiva, y se propuso ampliar el capital social en la cantidad que resultara de las escrituras de prenda para posteriormente canjear la deuda por

acciones.- Pese a ello, lo cierto era que en el proceso de transformación la determinación del capital social, que comprendía al C.S.D., se hacía en proporción con la deuda existente más el resultado del balance de los últimos años, debiendo el capital social ser desembolsado en efectivo, sin admitir la compensación de deuda por acciones.- Javier Gómez Navarro, Secretario de Estado y Presidente del C.S.D., actuando como presidente de la Comisión Mixta de Transformación de clubes en sociedades anónimas deportivas, el 2 de diciembre de 1991 dirigió un escrito a Jesús Gil, en el que le manifestaba que, a raíz del otorgamiento de las escrituras de reconocimiento de deuda y constitución de prenda de 31 de Enero de 1989 y 30 de Julio de 1990, interesaba a aquella Comisión conocer la deuda del Club Atlético de Madrid con Jesús Gil a 30 de Junio de 1991, con expresión de si era exigible o no, y que ello era necesario para fijar el capital social.- El 20 de Diciembre de 1991 Javier Gómez Navarro le dirigió un nuevo escrito, en orden a fijar el capital social, en el que se le dice a Jesús Gil que si la deuda a la que se refieren ambas escrituras, "no existe", y, en consecuencia, no es exigible, el capital social sería de 2.172.371.000.- ptas., si por el contrario la deuda existe el capital social mínimo se vería incrementado con su importe y llegaría a los cuatro mil millones de pesetas aproximadamente.- Al comprobar Jesús Gil que la solución buscada para hacerse con la propiedad de la nueva sociedad, mediante la compensación de deuda por acciones, no era factible, decidió buscar una nueva fórmula para lograr sus fines, que seguían siendo hacerse con la titularidad de las acciones, sin realizar su desembolso, gracias al reconocimiento de deuda.- El 7 enero de 1992 Jesús Gil propuso a la Junta Directiva la adopción del acuerdo del pago de la deuda mediante la cesión por el Atlético de Madrid a Jesús Gil del contenido económico de los derechos federativos sobre los 30 jugadores de la plantilla, para un posterior reingreso a la entidad, bajo el pretexto de que, si el contenido económico de los derechos federativos eran de la titularidad de Jesús Gil, se extendería carta de pago de la deuda, con lo que el saldo patrimonial neto negativo no se modificaría y con ello tampoco el capital social exigible, que se habría de fijar prescindiendo ya de esa deuda. La segunda parte del acuerdo consistiría en que Jesús Gil cedería, inmediatamente después de la transformación, por el mismo precio, ese contenido económico de los derechos federativos.- Esa operación suponía eludir los requisitos de la transformación, tanto en relación a la fijación del capital social, como en cuanto a la efectividad del desembolso del capital, ya que Jesús Gil se vería, mediante la recompra por el club del contenido económico de los derechos federativos, de inmediato reintegrado a través del

cobro del precio, con el dinero supuestamente empleado en el desembolso del capital social.- El acuerdo fue aprobado por unanimidad de la Junta Directiva, procediendo Enrique Cerezo Torres a otorgar en nombre del Atlético de Madrid la escritura de 22 de Enero de 1992 con la cesión del contenido patrimonial de los derechos federativos de 30 jugadores profesionales de fútbol por el club Atlético de Madrid a Jesús Gil, reflejando así la primera parte del acuerdo.- El 23 de Enero de 1992 otorgaron otra escritura en la que intervinieron Jesús Gil, en su propio nombre, y Enrique Cerezo Torres, en nombre del Atlético de Madrid, manifestando el primero que en ese momento no es titular, como acreedor, de crédito o derecho económico alguno referente al Club, que ninguno de los créditos de los que, como acreedor, ha sido titular frente al club y que integraban la deuda, que existía, ha sido objeto de cesión a terceras personas, y manifestando el segundo que el Club no debe cantidad alguna a Jesús Gil, que no tiene conocimiento de que exista hoy deuda alguna a favor de terceras personas que no esté contablemente reflejada a 30 de junio de 1991.- Esa escritura fue remitida a la Comisión Mixta de Transformación, que el 28 de enero de 1992 fijó el capital mínimo del Club en la cantidad de 2.060.309.000 ptas. a los efectos de su conversión en sociedad anónima deportiva, lo que fue comunicado al club al día siguiente.- La suscripción de las acciones y su desembolso debía realizarse hasta el día 30 de junio de 1992, mediante su oferta a los socios, en un principio para que cada uno pudiese suscribir igual número de acciones, y después mediante su oferta a los socios que ya hubiesen suscrito en la primera opción, para finalmente poder llegarse a una tercera oferta, libre. Si dentro de ese plazo se suscribieron todas las acciones se procedería al otorgamiento de la escritura de constitución y posterior inscripción en los registros correspondientes.- El 30 de junio de 1992 Jesús Gil como presidente del Club otorgó la escritura de constitución de sociedad anónima deportiva, haciendo constar la suscripción de la totalidad del capital social, y la realidad de las aportaciones dinerarias, y presentando certificados de las siguientes entidades: a. Banco Central Hispanoamericano (oficina Plaza de Canalejas nº 1) cuenta bancaria nº 124.425-6 a nombre de CLUB ATLÉTICO DE MADRID EN TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA-SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN, figurando ingresada la cantidad de 112.133.000,- ptas, en concepto de aportación a capital.- b. Banco de Vitoria (oficina Génova nº 15-Madrid), cuenta nº 2.224-271 a nombre del CLUB ATLÉTICO DE MADRID EN TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA-SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN, donde figuraba ingresado por

Jesús Gil la cantidad de 1.300.000.000.- ptas, en concepto de aportación a capital.- c. Credit Lyonnais España S.A., expresando que con esa fecha se había constituido un depósito a nombre de ATLÉTICO DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA EN CONSTITUCIÓN para la suscripción de acciones por importe de 650.255.200.- ptas. "a favor del ordenante del depósito D. Enrique Cerezo Torres". Certificado de depósito acompañado de otro de la misma entidad en que se hacía constar que el número de la cuenta corriente a nombre de ATLÉTICO DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA EN CONSTITUCIÓN era el 465085-001. Realmente esa cuenta estaba abierta a nombre de ENRIQUE CEREZO- ATLÉTICO DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA EN CONSTITUCIÓN.- La cantidad depositada en la cuenta del Banco Central Hispanoamericano (oficina Plaza de Canalejas nº 1) cuenta bancaria nº 124.425-6 procedía de los desembolsos para la suscripción de acciones de los socios número 1 al 3174 inclusive.- En cuanto a la cantidad ingresada en el Banco de Vitoria, el 30 de junio de 1992 DORNA, Promoción del Deporte S.A., y Jesús Gil habían suscrito un documento en el que la primera concedía un préstamo a Jesús Gil por importe de 1.300.000.000 ptas.; se establecía que el préstamo debería ser reintegrado en un plazo máximo de tres meses; y, en garantía del reintegro, Jesús Gil, como representante de Promotora Inmobiliaria El Generalife S.A., cedía una finca por precio de 1.300.000.000 de ptas. si bien se concedía a la promotora "pacto de recompra" por la misma cantidad. En aquella fecha DORNA, Promoción del Deporte S.A., transfirió, desde su cuenta 1.929-271 del Banco de Vitoria, 1.300.000.000 ptas.- a Jesús Gil, cuenta 2.225-271 de la misma entidad bancaria. Desde esa última cuenta Jesús Gil ordenó transferir esa cantidad, y siempre en la misma fecha, a la 2.224-271 antes mencionada del Club en transformación.- Respecto a la cuenta en el Credit Lyonnais, el 30 de junio de 1992 el banco ingresó a Enrique Cerezo, en su cuenta nº 11 465119 001, la cantidad de 650.255.200 ptas., como si fuera anticipo de un préstamo de 675.000.000 ptas.; póliza de préstamo que fue suscrita el 3 de julio de 1992 por dicha cantidad. El 30 de junio de 1992 Enrique Cerezo depositó 650.255.200 ptas., procedentes del anticipo del préstamo, en la cuenta 465085-001 antes mencionada.- Como esos ingresos no tenían otra finalidad que aparentar el desembolso, para inmediatamente ser reintegrados, el 30 de Junio de 1992 Jesús Gil dirigió una carta al Banco de Vitoria, expresando que, habiéndose procedido en aquella fecha a firmar escritura de la cesión de la totalidad de los derechos de transferencia de los jugadores profesionales de la plantilla del Club, rogaba, en su

calidad de presidente de la Sociedad Anónima Deportiva, se sirviesen transferir a la cuenta corriente abierta a nombre de Jesús Gil en la sucursal la cantidad de 1.300.000.000 ptas. El propio Jesús Gil en la misma fecha ordenó al Banco de Vitoria entregar esa cantidad a DORNA, con cargo a la cuenta abierta a Jesús Gil.- Paralelamente y a fin de que el desembolso de Enrique Cerezo tampoco fuese efectivo, Jesús Gil dirigió otra carta fechada el 3 de julio de 1992 al Credit Lyonnais, expresando que el 30 de junio se había firmado escritura de la cesión de la totalidad de los derechos de transferencia de los jugadores profesionales de la plantilla del Club, y que rogaba, en su calidad de presidente de la Sociedad Anónima Deportiva, se sirviesen transferir a la cuenta corriente que Jesús Gil mantenía en la sucursal la cantidad de 650.250.000 ptas. al mismo tiempo Jesús Gil rogó a la entidad bancaria la transferencia de la indicada suma a la cuenta de Enrique Cerezo, en concepto de adelanto para la compra por Jesús Gil de las acciones que Enrique Cerezo había suscrito. El abono fue efectuado con fecha de valor 3 de julio de 1992, lo que permitió que con fecha 6 de julio Enrique Cerezo cancelase el préstamo. Fechado el 30 de junio de 1992 Jesús Gil y Enrique Cerezo habían suscrito un documento privado en el constaba que el primero compraba al segundo por 675.000.000 ptas. las acciones que el segundo había adquirido.- De esta manera Jesús Gil llegaba a ser propietario del 95% de las acciones, sin haber hecho él o Enrique Cerezo la aportación efectiva de 1.300.000.000 ptas. por un lado y de 650.255.200 ptas. por otro, correspondientes a tal desembolso, y ello gracias a las deudas cuyo reconocimiento había logrado, pese al compromiso que en su día había asumido de no reintegrarse más que con cargo a beneficios.- En cuanto al dinero ingresado en la cuenta del Banco Central Hispanoamericano, correspondiente al desembolso efectuado por otros accionistas, Jesús Gil el 1 de julio de 1992 ordenó su transferencia a la cuenta que en esa entidad tenía abierta PROMOCIONES FUTBOLISTICAS S.A. nº 122537-5. Esta cuenta era entonces utilizada, ya casi en exclusiva, como cuenta saco, a la que iban a parar todo tipo de abonos o de cargos, tanto del club como de las empresas de Jesús Gil. "PROMOCIONES FUTBOLÍSTICAS, S.A." era una sociedad meramente instrumental que hacía de "Caja única".- El 17 de Noviembre de 1992, Enrique Cerezo Torres, que no tenía acción alguna del Atlético de Madrid, suscribió con Jesús Gil un contrato por el que este último acusado vendía al primero, por veinte millones de pesetas, 23.507 acciones que representan el 9,46% del capital, lo que arroja un precio por acción de 850.- ptas, mientras que los 3.174 socios que sí desembolsaron el importe de las acciones que compraron abonaron por cada

acción, cinco meses antes, ocho mil trescientas pesetas (8.400.-ptas).- Miguel Angel Gil Marín, mayor de edad, sin antecedentes penales, hijo de Jesús Gil, veterinario de profesión, fue nombrado en noviembre de 1992 Director General del Atlético de Madrid.- La mala situación económico-financiera por la que venía atravesando el club como asociación se vio agravada en la sociedad por la inexistencia de desembolso efectivo del capital social, salvo en una mínima parte. Ello determinó que, de acuerdo Jesús Gil y Miguel Angel Gil, fueran desarrolladas, hasta la intervención judicial, tareas de maquillaje de la contabilidad, en las que no consta se involucrara Enrique Cerezo, a fin de evitar que apareciera como el patrimonio estaba por debajo del 50 por ciento del capital social, lo que legalmente hubiera implicado una causa de disolución, salvo que se redujera el capital, lo que no permitía la normativa sobre sociedades anónimas deportivas, o se aumentara el activo con aportaciones dinerarias. Así: A) Como contrapartida contable a la inexistencia del desembolso, y aunque el 30 de junio de 1992 figuraba una partida contable de derechos de adquisición de jugadores por 1.459.458.046 ptas., en la contabilidad de la

sociedad se incluyó, como activo creado "ex novo", otra partida de derechos de cesión temporal y transferencia definitiva de jugadores por 1.942.561.992 ptas.- Esta partida contable fue mantenida, con sucesivas reducciones por amortización, hasta que en las cuentas de 1998 desapareció definitivamente de la contabilidad del club.- B) Conociendo que, por auto de un Juzgado de lo Social de Madrid, que había tramitado la demanda por despido del jugador Losada, se había decretado el embargo de fincas del Atlético por importe de 208.445.555 ptas. de principal, más 21 millones de intereses, fue omitido contabilizar el gasto en las cuentas a 30 de junio de 1993, señalando únicamente que el procedimiento judicial se encontraba en ejecución de sentencia. La omisión fue consignada en un informe de la Liga de Fútbol Profesional, en el que se añadía la necesidad del aumento y / o reducción del capital social; pero no se llevó a cabo rectificación alguna.- El 22 de julio de 1994 el club traspasó a la Real Sociedad de Fútbol S.A.D. el jugador García Postigo, lo que supuso un ingreso bruto de 101.878.426 ptas. con gastos de operación por 3.687.387 de gastos financieros, 28.750.000 pts. Más 11.850.000 pts. de comisiones y 11.000.000 ptas. de indemnización al futbolista. Como el resultado del ejercicio 93/94 arrojaba una cifra de patrimonio de la sociedad inferior a los 1.031.000.000 ptas. necesaria, fue adelantada la contabilización del ingreso bruto al 30 de junio de 1994, y se dejaron los gastos para el 22 de julio,

con lo que se cargaban a la temporada 94/95; de manera que el patrimonio de la sociedad aparecía desvirtuado.- C) Con fecha 13 de Julio de 1995 se celebró un contrato entre el Atlético de Madrid, representado por el acusado Miguel Angel Gil, y Promodeico, S.A., que había ido precedido de otro de 16 de mayo. En él se exponía que, con motivo de la tramitación en el Ayuntamiento de Madrid de una modificación del Plan General que afectaba al Estadio Vicente Calderón, al Atlético de Madrid le serían adjudicados, en virtud de convenio suscrito con el Ayuntamiento el 28 de diciembre de 1994, la edificabilidad de una parcela, en el distrito de Moratalaz; y se pactaba que, para el momento en que se efectuase la adjudicación, el Club Atlético de Madrid se obligaba a vender y Promodeico S.A. a comprar la citada parcela, con el volumen total de metros cuadrados de uso comercial, estableciéndose el precio a razón de 80.250 ptas. el metro cuadrado construible, por lo que se estimaba que la cantidad que Promodeico, S.A. habría de hacer efectiva estaría entre 1.444.500.000.- ptas y 1.524.750.000.- ptas en función del volumen total de m2 construibles para unos comerciales que obtuviera el Club. En ese contrato se fijaba una forma de pago consistente en que, a la firma del mismo, Promodeico, S.A. entregaba 50.000.000.- ptas, mediante un pagaré que entrega en ese acto; 150.000.000.- ptas en el momento en que se formalizare el contrato de compraventa entre el Club y Promodeico, S.A.; y la cantidad restante en el momento en que se otorgara la escritura pública de la compraventa efectuada.- Por esta operación, en la temporada 94/95 fue registrado contablemente un ingreso extraordinario de 1.500.000.000 ptas. El convenio entre el Atlético de Madrid y el Ayuntamiento no fue elevado a los órganos competentes para su aprobación; y el 27 de diciembre de 1995 Miguel Angel Gil renunció a los posibles derechos de propiedad sobre la parcela, sita en Moratalaz, si bien continuaban las negociaciones con el Ayuntamiento para la adjudicación de derechos urbanísticos al Atlético de Madrid, ahora en las inmediaciones del estadio; mas como esa última parcela no podía ser destinada a uso terciario, como interesaba a Promodeico, el contenido entre esa sociedad y el Atlético de Madrid fue resuelto. El apunte contable fue mantenido en el ejercicio 95/96, y finalmente se devolvieron los 50 millones a Promodeico en Julio de 1996.- Por otro lado, y sin que conste que con ello se pretendiese maquillar la contabilidad, en la temporada 95/96 el Atlético de Madrid S.A.D. se acogió a la actualización de balances previstas en el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio. Para llevar a cabo la revalorización habrían de publicarse los índices correspondientes, lo que no se llevó a cabo hasta el reglamento de 20 de diciembre de 1996. Antes de esa fecha,

actuando de acuerdo Jesús Gil y Miguel Angel Gil, revalorizaron el estadio en 987.000.000 ptas. El reglamento impuso que se diferenciara para los inmuebles entre el valor del suelo y de la edificación; y en la contabilidad del Atlético de Madrid no existía tal diferenciación. El año siguiente en la contabilidad del club se dió de baja esa revalorización, exponiendo que se hacía por prudencia.- A). La confusión voluntariamente creada por Jesús Gil entre su patrimonio y el de sus empresas, u otras a ellas vinculadas, continuó tras la transformación del club en S.A.D. En las cuentas de Promociones Futbolísticas S.A. se hacían ingresos de cantidades pertenecientes al Atlético y pagos por cuenta del club. Entre junio de 1992 y diciembre de 1997 aparecía una deuda contable de Jesús Gil, a través de Promociones Futbolísticas S.A., con el Atlético por importe de 2.700.000.000 de ptas.; y, ante ello, Jesús Gil y Miguel Angel Gil diseñaron un procedimiento para cancelarla, sin que ello supusiera el reintegro de esa cantidad, y que consistía en simular la cesión por parte de Jesús Gil al club de los derechos económicos y de imagen de unos jugadores que calificaron de profesionales, siendo el valor de esos derechos casi inexistentes.- Al efecto, otorgaron cuatro contratos con fecha cada uno de ellos de 16 de Enero de 1998, en virtud de los cuales Jesús Gil, actuando en nombre de Promociones Futbolísticas S.A., cedía al Atlético de Madrid, representado por Miguel Angel Gil, los derechos económicos y de imagen de cuatro jugadores de fútbol "profesionales", Limamou Mbengue, Maximiliano de Oliveira Texeira, Bernardo Matías Djana, y Abass Moyiwa Lawal, fijándose en los cuatro contratos la suma total de dos mil setecientos cuarenta millones de pesetas (2.740.000.000.- ptas) más el I.V.A, que el Club Atlético de Madrid debía pagar a Promociones Futbolísticas S.A., Jesús Gil fingió que "Promociones Futbolísticas S.A." había comprado los derechos económicos y de imagen a una sociedad holandesa llamada Harrogate Licence BV.- Lawal, nacido en Nigeria en 1980, llegó a jugar con ficha profesional en la temporada 98/99 algunos partidos con el Atlético de Madrid B, es decir el segundo equipo del Atlético de Madrid, en las categorías inferiores a la Primera División, Mbengue, nacido en Senegal en 1980, tenía un permiso de residencia no lucrativa solicitado en 22-06-98, y concedido el 23-06-98, y estaba vinculado al Atlético de Madrid, desde la temporada 1995/1996, como juvenil ha jugado en equipos como el Amorós, el Alcobendas, el Consuegra y el San Fernando. Djana, nacido en Angola en 1980, había solicitado asilo político en España el 18-09-96, siéndole denegado el 6-05-97, y obtuvo sucesivos permisos de residencia por circunstancias excepcionales desde el 10-06-97 hasta al menos el año 2000; había entrado en España siendo menor de edad,

huyendo de la guerra civil de su país, sin familiar alguno, fue acogido por la Comunidad de Madrid, que designó como custodia la casa de Refugiados de los Padres Mercedarios, y desde el año 1997 jugaba en los juveniles del Atlético de Madrid; ha jugado también en el Atlético Madrileño, en el Madridejos y en el Rayo Majadahonda. Oliveria, nacido en Brasil en 1981, ya pertenecía desde el 5 de Septiembre de 1997 al equipo juvenil del Atlético de Madrid, en virtud del contrato celebrado por él, ante su madre al ser menor de edad, y Miguel Angel Gil; ha jugado en el Club Atlético de Madrid, S.A.D. juvenil "B". Este jugador vino a prueba desde Brasil, antes de fichar por el equipo juvenil B del Atlético de Madrid, al equipo San Pedro de Alcántara, que corrió con los gastos de desplazamiento y estancia del jugador y su madre, sin que sus derechos económicos o de imagen perteneciesen a sociedad alguna, pues vino libre para efectuar la prueba en agosto de 1997.- C). Entre 1996 y 1999, continuando Miguel Angel Gil Marín en la dirección general del Club, y Jesús Gil en el co-dominio de la gestión, fueron pagados a cuenta del Club Atlético de Madrid obras, suministros y servicios ajenos a la entidad. Así, para el Rancho Valdeolivas, finca ubicada en Arenas de San Pedro, perteneciente a una de las empresas de Jesús Gil denominada "Promociones Inmobiliarias Generalife S.A.", por importe de 39.495.197 ptas.; para la finca "El Arco", sita entre Calera y Chozas (Toledo), perteneciente a una de empresa de Jesús Gil denominada "Promociones Guadiana, S.A.", la cantidad de 1.774.210,- ptas.- Además en un chalet, sito en los Angeles de San Rafael (Segovia), perteneciente a Rancho Valdeolivas, S.A., el Atlético de Madrid abonó por obras y servicios la cantidad de 53.070.411,- ptas. El edificio era utilizado frecuentemente por jugadores y otras personas ligadas al Club. El contrato para su uso se formalizó el 19 de octubre de 2000.- El 18 de octubre de 2000 Miguel Angel Gil, obrando en representación de Promotora Inmobiliaria El Generalife, procedió a abono al Club de 35.907.020 ptas. de principal, y 3.588.178 ptas. de intereses, expresando que ese abono se llevaba a cabo como consecuencia de la revisión contable de cada una de las facturas emitidas por diversos proveedores del Club, al haber constatado que el Club había atendido al pago por cuenta de la Sociedad Promotora Inmobiliaria El Generalife S.A. de facturas por trabajos realizados en la finca Valdeolivas. También abonó otra cantidad de 1.554.000 ptas. de principal y 220.210 de intereses, expresando que se llevaba a cabo al haber constatado que el Club había atendido al pago por cuenta de la Sociedad Promotora Inmobiliaria Guadiana S.A. de facturas por trabajos realizados en la finca El Arco.- D). Miguel Angel Gil Marín y Jesús Gil retiraron de la caja del Atlético de Madrid al menos

427.757.747 ptas. correspondiente a los ingresos por ventanilla de los abonos de la temporada 99/00, pero no cabe descartar que el dinero retirado haya sido empleado para indemnizar a Antic y Kunovac por la resolución de los contratos que les ligaban al Atlético como entrenador y ayudante de entrenador, y para el pago de parte del precio de adquisición del jugador Hasselbaink". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a: GREGORIO JESÚS GIL Y GIL, como autor penalmente responsable, sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de apropiación indebida, a la pena de 2 años de prisión menor (con aplicación del C.P. de 1973), y la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y de un delito de estafa por simulación de contrato a la pena 1 año y 6 meses de prisión (con aplicación del C.P. de 1995), y las accesorias de suspensión de cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como al pago de la parte proporcional de las costas.- ENRIQUE CERESO TORRES, como penalmente responsable en concepto de cooperador necesario, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de apropiación indebida, a la pena de 1 año de prisión menor, (con aplicación del C.P. de 1973), y la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y al pago de la parte proporcional de las costas.- MIGUEL ANGEL GIL MARÍN, como autor penalmente responsable, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de estafa por simulación de contrato, a la pena 1 año y 6 meses de prisión (con aplicación del C.P. de 1995), y las accesorias de suspensión de cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como al pago de la parte proporcional de las costas.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a: GREGORIO JESÚS GIL Y GIL, ENRIQUE CERESO TORRES Y MIGUEL ANGEL GIL MARÍN del delito societario continuado en su modalidad de falsedad contable, de los que también eran acusados, declarando las costas proporcionales de oficio.- GREGORIO JESÚS GIL Y GIL Y MIGUEL ANGEL GIL MARÍN de otro delito de apropiación indebida, continuado, declarando las costas

proporcionales de oficio.- En concepto de responsabilidad civil: 1º Respecto al delito de apropiación indebida por el que son condenados, GREGORIO JESÚS GIL y GIL y ENRIQUE CEREZO TORRES deberán restituir al Atlético de Madrid las 236.056 acciones más arriba referidas.- 2º Respecto al delito de estafa por simulación de contrato: a) Ha de reponerse la situación contable al estado anterior a la ficción, cuando reflejaba una deuda de Jesús Gil con el Club por importe de 2.700.000.000 ptas.- b) Jesús Gil y Miguel Angel Gil son condenados a estar y pasar por esa reposición.- c) Jesús Gil y Miguel Angel Gil solidariamente y por iguales partes en la interna distribución, deberán abonar al Club la suma a que ascienda el importe del I.V.A. que el Atlético de Madrid haya pagado en relación con los contratos que se declaran ficticios y que se determinará en ejecución de Sentencia". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Gregorio Jesús Gil y Gil, Enrique Cerezo Torres, Miguel Angel Gil Marín y Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A.**, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación del nº 1,1º del art. 250 del vigente C.P.

SEGUNDO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LECriminal.

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación de la circunstancia 8ª del art. 529 del C.P. derogado.

CUARTO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LECriminal.

QUINTO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación de la circunstancia 7ª del nº 1 del art. 250 del vigente C.P.

SEXTO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal por aplicación indebida del art. 110.1º del C.P. vigente e inaplicación del art. 127 del C.P. vigente.

SEPTIMO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación del art. 290 del C.P.

OCTAVO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación del art. 110,1º C.P. vigente.

NOVENO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación del art. 252 en relación con el 249 y 250, 1, 1º, 6º y 7º y 250,2, y concordantes, del C.P. vigente.

DECIMO: Por Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal, por inaplicación del art. 110,1º del C.P. vigente.

La representación de **Jesús Gil y Gil**, formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ.

SEGUNDO: Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ.

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal por no aplicación del art. 113 C.P. de 1973.

CUARTO A NOVENO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal, por aplicación indebida del art. 535 C.P.

DECIMO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal, por aplicación indebida del art. 102, en relación con el 101 C.P. de 1973.

UNDECIMO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECriminal.

DUODECIMO A DECIMOQUINTO: Al amparo del art. 885.1 de la LECriminal.

DECIMOSEXTO: Por Quebrantamiento de Forma, al amparo del art. 851.1 LECriminal.

La representación de **Enrique Cerezo Torres**, formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Alega vulneración de los principios constitucionales de los arts. 24 y 25 C.E.

SEGUNDO: Por Infracción de precepto constitucional del art. 24 C.E.

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal por inaplicación del art. 113 C.P. de 1973.

CUARTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECriminal.

QUINTO: Por Quebrantamiento de Forma, al amparo del art. 851 LECriminal.

SEXTO: Por Quebrantamiento de Forma, al amparo del art. 851 nº 3 LECriminal.

SEPTIMO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECriminal.

OCTAVO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal por infracción del art. 14.3 C.P.

NOVENO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECriminal.

La representación de **Miguel Angel Gil Marín**, formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal por aplicación indebida del art. 251.3 C.P.

SEGUNDO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal por incorrecta aplicación de los artículos 110, 112, 115 y 116 C.P.

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECriminal.

CUARTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal por aplicación indebida del art.251.3 C.P.

La representación de **Promotora Inmobiliaria Alhambra, S.A.**, formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Alega con apoyo en el art. 5.4 LOPJ vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 C.E.

SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ.

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 5 de Mayo de 2004. Por la complejidad del tema objeto de estudio, con fecha 19 de Mayo de 2004, se dictó auto de prórroga del término para dictar sentencia por treinta días hábiles.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 14 de Febrero de 2003 de la Sección Primera de la Audiencia Nacional condenó a Jesús Gil y Gil como autor de los

delitos de apropiación indebida y delito de estafa por simulación de contrato, a Enrique Cerezo Torres como cooperador necesario del delito de apropiación indebida y a Miguel Angel Gil Marín como autor de un delito de estafa por simulación de contrato, a las penas fijadas en el fallo, con los demás pronunciamientos contenidos en el.

Los hechos se refieren a las actuaciones descritas en el factum que se llevaron a cabo a partir de Julio de 1987 por Jesús Gil y Gil como Presidente del Club Atlético de Madrid, Enrique Cerezo, a la sazón, Vicepresidente, y por Miguel Angel Gil Marín, hijo del primero, que fue nombrado en Noviembre de 1992 Director General de dicho Club de Fútbol.

Se han formalizado un total de **cinco recursos**, de ellos, el del Ministerio Fiscal que intenta una condena mayor, siendo los otros recursos de los tres condenados que solicitan la revocación de la sentencia y su absolución, y el de la entidad Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A. que aparece declarada como responsable civil subsidiario, pronunciamiento que también impugna.

Existe una cuestión de indudable importancia y que es objeto de idénticas denuncias en los recursos formalizados por Jesús Gil, Enrique Cerezo y la Inmobiliaria Alhambra.

Nos estamos refiriendo a la nulidad que se postula respecto de los dos autos de aclaración que acompañan a la sentencia, y, enlazado con ello con la prescripción del delito de apropiación indebida de que se condena a Jesús Gil y a Enrique Cerezo.

Dadas las consecuencias que se derivarían de la estimación de tales motivos, parece, por razones de lógica y sistemática jurídicas, que sea esta la primera cuestión que se aborde. Así pues comenzaremos con el estudio del recurso de la representación legal de Jesús Gil, para continuar con la del resto de los condenados y concluir con el estudio del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

Segundo.- Recurso de Gregorio Jesús Gil y Gil.

Aparece desarrollado a través de **dieciséis motivos**.

_____ Analizamos conjuntamente los **motivos primero y segundo**, ambos por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncian vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto de la inmodificabilidad e invariabilidad de las resoluciones judiciales después de firmadas, todo ello en relación a los autos de aclaración de 15 y 18 de Febrero de 2003 --motivo primero--, denuncia que se efectúa también desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa desde las exigencias derivadas del principio acusatorio, que resultarían igualmente vulneradas con ambos autos --motivo segundo--.

Se trata de una cuestión también abordada en los motivos primero y segundo del recurso formalizado por la representación de Enrique Cerezo, y en los motivos primero y segundo del recurso de la responsable civil subsidiaria, Inmobiliaria Alhambra.

El estudio en profundidad de tal cuestión se va a efectuar en este momento, con vocación de dar una respuesta unitaria a todos los recurrentes que han efectuado idéntica denuncia, por lo que se efectuarán las oportunas remisiones --en su momento-- en evitación de reiteraciones innecesarias, sin perjuicio de efectuar, si hubiese lugar a ello, a algún razonamiento concreto e individualizado, en atención a la posible especificidad de alguna alegación que se haya efectuado.

La sentencia sometida al presente control casacional fue dictada el 14 de Febrero de 2003. Después de la notificación a las partes, lo que se efectuó el mismo día como se acredita a los folios 1564 a 1569 del Tomo IV del Rollo de la Audiencia, seguidamente, *ex officio*, se dictó con fecha 15 de Febrero un auto de aclaración con fundamento en el art. 267 de la LOPJ en el que se añadió un párrafo al fundamento jurídico tercero --en realidad es el segundo-- relativo a los hechos del apartado 1 del *factum*. En definitiva adicionó a la página 34 de la sentencia, antes del inicio del apartado segundo, el siguiente párrafo:

"Ahora bien la totalidad de los hechos probados pone de manifiesto que, aún pasado el 30 de junio de 1992, y a pesar de que la apropiación indebida no sea por su naturaleza un delito permanente, la acción típica se ha seguido

ejecutando en el presente caso dentro de los cinco años anteriores a la admisión de la querrela; por cuanto, siguiendo Jesús Gil y Enrique Cerezo en los mismos puestos directivos, han venido renovando en los sucesivos ejercicios la ficción de estar desembolsadas las acciones y, en consecuencia, la titularidad sin causa sobre ellas. No se trata sólo de una mera prolongación en el aprovechamiento del objeto del delito sino de la iteración de la conducta típica; y, por ende, no se ha producido el vacío de cinco años a que se refiere, para la prescripción, el art. 113 del C.P. de 1973. Además y en todo caso el delito de apropiación indebida está en conexión natural con el de estafa al que luego se hará referencia, cometido dentro de los cinco años anteriores a la admisión de la querrela; y, por ello, tampoco puede estimarse producida la prescripción".

Igualmente, el día 18 de Febrero se dictó un segundo auto de aclaración y en esta ocasión, a instancias del Ministerio Fiscal que había presentado una solicitud de aclaración --folio 1560 del Tomo IV del Rollo de la Audiencia--. En el fallo de la sentencia, en el apartado relativo a la responsabilidad civil donde se dice que Gregorio Jesús Gil y Gil y Enrique Cerezo Torres deberán restituir al Atlético de Madrid las 236.056 acciones, se añadió "*Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A., deberá devolver las acciones mencionadas, que actualmente se encuentran a su nombre*".

Ya desde ahora debemos declarar, que ambos autos de aclaración desbordan ampliamente el concreto y específico ámbito de actuación de este remedio procesal.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, de forma coincidente y uniforme han venido estableciendo un sólido cuerpo doctrinal en orden a delimitar los contornos del recurso de aclaración. Su límite infranqueable se encuentra en el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, consecuencia del principio de seguridad jurídica expresamente reconocido en el art. 9-3º de la C.E. que actúa como una de las garantías de la interdicción de toda arbitrariedad en la práctica judicial y asimismo como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dentro del respeto a ese límite, se permite de manera excepcional, que los órganos judiciales en caso de observar oscuridades u omisiones, de un lado, o

errores materiales manifiestos o aritméticos por otro, puedan rectificarlos/aclararlos, a través de este remedio procesal que evita con evidente economía procesal y temporal la formalización de un recurso para obtener la corrección que se puede obtener a través de la aclaración.

Así pues el ámbito del recurso de aclaración es doble:

a) La aclaración de conceptos oscuros y la suplencia de omisiones, con limitación temporal --dentro de los dos días hábiles siguientes a la publicación de la resolución--.

b) La rectificación de errores manifiestos y aritméticos sin aquella limitación.

A estos casos, se ha añadido un tercer supuesto en la actual redacción del art. 267 de la LOPJ dada por la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre que no estaba en la redacción inicial, y que en sintonía con el art. 215 de la LECivil se permite que cuando "*...se hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días.... previo traslado de dicha solicitud a las demás partes.... dictará auto por el que resolverá completar la resolución....*".

Esta ampliación no ha supuesto un cambio en la naturaleza del recurso de aclaración ni una flexibilización o atenuación del principio de inmodificabilidad de las sentencias. Se ha tratado de evitar las consecuencias de incurrir en el vicio de la incongruencia omisiva por omisión de pronunciamientos respecto de cuestiones oportunamente deducidas, debatidas, y cuestionadas, y la necesidad de acudir a la vía del recurso o en su caso al incidente de nulidad, con evidente economía procesal, de gastos y de demora temporal, sin mengua de garantías.

Pues bien, ni desde esta nueva perspectiva pueden los autos citados, dado su contenido, estimarse válidos, pues el desbordamiento de su ámbito es obvio.

Recordemos la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, que, en síntesis, tiene declarado que por la vía de la aclaración no se pueden:

- a) Remediar defectos de motivación.
- b) Corregir errores en la calificación jurídica.
- c) Alterar las conclusiones probatorias previamente mantenidas.
- d) Anular y sustituir un fallo por otro contrario.

En tal sentido la STS 112/99 de 14 de Junio declara que *"...el llamado recurso de aclaración debe atenerse siempre, dado su carácter excepcional a los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ..."*. *"...En la regulación del art. 267 LOPJ, coexisten dos regímenes distintos... la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las sentencias o autos definitivos, y, en segundo lugar la rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos..."*, pero, se concluye, que el ámbito de la aclaración encuentra su límite infranqueable en los cuatro aspectos reseñados. En idéntico sentido se pueden citar las SSTC 231/91 -F.J.5-, 27/92, 50/92, 101/92, 23/94, 19/95 -F.J.5-, 23/96, 122/96, 208/96, 164/97, 180/97, 48/99 -F.J. 2- 262/00 de 30 de Octubre, 216/01 de 29 de Octubre, F.J.2º y la 187/02 de 14 de Junio, F.J. 6º, que reiterando la doctrina -F.J. 6- permite la utilización del remedio de la aclaración sin quiebra del principio de inmodificabilidad de las resoluciones ni del principio a la seguridad jurídica *"...cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista..."*, y ello porque la garantía de inmodificabilidad no comprende la facultad de beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores que con toda certeza puedan deducirse del propio texto de la resolución judicial. Ultimamente, la STC 31/2004 de 4 de Marzo, reitera la doctrina expuesta --F.J. 2, 6 y 7--.

También de esta Sala de Casación se pueden citar las siguientes resoluciones SSTS de 7 de Febrero y 31 de Octubre de 1997, nº 1700/2000 de 3 de Noviembre y 1277/2001 de 26 de Junio, entre otras muchas.

Desde esta coincidente y reiterada doctrina debemos entrar a analizar ambos autos de aclaración aunque ya hemos anticipado nuestro juicio de nulidad respecto de ellos.

El auto de 15 de Febrero de 2003 dictado de oficio, tiene por finalidad de manera clara y rotunda motivar la no concurrencia de la prescripción respecto del delito de apropiación indebida de que se condena a Jesús Gil y Gil como autor material y a Enrique Cerezo Torres, como cooperador necesario. Se trató de suplir la falta de fundamentación al respecto que se observa en la sentencia como expresamente se dice en el auto "*...tras la fundamentación jurídica expuesta en el tercero de los fundamentos respecto a los hechos del apartado I se ha omitido el párrafo....*".

Nada se argumenta en la sentencia respecto a la petición de prescripción de dicho delito del que se condena a ambos recurrente, la que se limita a calificar los hechos como constitutivos de delito de apropiación de los artículos 528 y 529-7º rechazando expresamente la concurrencia de las circunstancias cualificativas 1ª --bien de reconocida utilidad social--, y 8ª del 529 --múltiples perjudicados--. En los propios hechos probados se declara como cierto que la fecha de tal apropiación fue el 30 de Junio de 1992 --fecha de la suscripción y desembolso de las acciones del Atlético de Madrid, ya reconvertido en Sociedad Anónima Deportiva, --en adelante SAD--, y lo mismo se dice en la motivación de la sentencia, fecha que opera como *dies a quo* o inicial para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo de cinco años previsto al delito en el art. 113 del Código Penal de 1973 que fue el aplicado. Si se tiene en cuenta que como *dies ad quem*, o último día por el transcurso del plazo previsto para la prescripción, ha de estimarse por tal el 19 de Julio de 1999 coincidente con la presentación en el Juzgado de la querrela formalizada por el Ministerio Fiscal, como es doctrina de esta Sala --SSTS 855/99 de 16 de Julio, 879/2002 de 17 de Mayo, 147/2003 de 5 de Febrero, 29 de Enero de 2003, 298/2003 de 14 de Marzo y 1590/2003 de 22 de Abril de 2004, entre otras muchas-- habrá de concluirse que el delito está prescrito por el transcurso de casi siete años, periodo que supera con creces los cinco años señalados para este delito como ya se ha dicho.

En la medida que el auto trata de motivar la no prescripción por la argumentación que allí se contiene, habrá de concluirse con la afirmación de que dicho auto se ha utilizado para suplir el defecto de motivación de la sentencia en este tema crucial, que además, había sido objeto de debate en el Plenario, en el trámite de la audiencia preliminar, donde se rechazó la prescripción a expensas de lo que se acordara en sentencia en función de que se apreciaran o no la

conurrencia de varias circunstancias de las previstas en el art. 529, que, en su caso, podrían haber elevado la pena a prisión mayor con la consecuencia de ser de aplicación en tal caso el plazo de prescripción de 10 años --art. 113 del Código Penal de 1973--.

Pues bien, la sentencia sólo aceptó la concurrencia de especial gravedad atendido el valor de la defraudación --cuya pena se mantenía dentro del límite de los seis años de prisión--, con plazo prescriptivo de cinco años, injertándose a través del auto que se comenta la motivación necesaria para no estimar la prescripción, lo que, como ya se ha dicho, supone utilizar este remedio para suplir una falta de fundamentación de la sentencia.

Se está en definitiva ante un déficit o ausencia de motivación que ha querido remediarse a través del auto de aclaración.

El auto de 18 de Febrero de 2003 dictado a instancia del Ministerio Fiscal contiene un pronunciamiento ex novo a incluir en el fallo, relativo a la declaración de la responsabilidad civil de la Entidad Inmobiliaria Alhambra S.A. respecto de las acciones del Atlético de Madrid que actualmente están a su nombre.

Tal declaración aparece por sorpresa en dicho auto sin que exista en toda la motivación de la sentencia la menor referencia a tal entidad. Es cierto que dicha Inmobiliaria, junto con la Promotora Guadiana S.A., El Generalife S.A., Myramco S.A. y otras estuvieron presentes en las actuaciones y en el Plenario como responsables civiles subsidiarios, pero ninguna reprochabilidad fue motivada ni declarada en la sentencia, apareciendo la de la Inmobiliaria Alhambra S.A. en dicho auto de aclaración, pero carente de toda motivación.

En esta situación, se está en presencia de una modificación de la sentencia:

- a) Porque tal pronunciamiento está ayuno de toda fundamentación.
- b) Se efectúa extramuros del propio texto de la sentencia.

La nulidad del contenido de ambos autos de aclaración persiste y se mantiene, no obstante la ampliación del ámbito del recurso de aclaración operado en el art. 267 de la LOPJ, operado en virtud de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre

que ha añadido un nuevo párrafo 5ª al que ya hemos hecho referencia y que no estaba, a la sazón, en vigor.

Basta recordar al respecto que el nuevo supuesto se refiere a omisión de pronunciamientos relativos a pretensiones deducidas oportunamente, pero la aplicación retroactiva de tal norma presenta una doble dificultad:

a) De orden procesal, su viabilidad queda supeditada al cumplimiento del procedimiento que se contiene en tal párrafo --traslado y audiencia al resto de las partes--, lo que obviamente no se ha cumplido en el presente caso porque tal reforma no existía.

b) De orden sustantivo, más contundente, si cabe y es que el defecto de motivación es insubsanable --en lo referente al auto de 15 de Febrero--, y que en cuanto a la Inmobiliaria Alhambra --auto de 18 de Febrero-- ni siquiera consta la petición del Ministerio Fiscal de que dicha Inmobiliaria respondiera de la devolución de las acciones del Atlético que tuviera a su nombre, ni menos existe prueba de tal hecho, y al respecto la única referencia que se efectuó por el Ministerio Fiscal, y que obra en el Antecedente tercero es --textualmente-- la siguiente:

"Se retiró la acusación como responsables civiles de Myramco S.A., Centro de Formación Nayade S.A. y María Angeles Marín Cobo (esta última sigue siendo considerada responsable civil en lo que su patrimonio pueda resultar afectado por su condición de partícipe formal en el patrimonio de Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A., al igual que la esposa de Enrique Cerezo Torres como partícipe en la sociedad de gananciales de dicho acusado)", por lo que se está ante una modificación del fallo.

Los efectos de la nulidad de ambos autos de aclaración, es la de tenerlos por no puestos por atentar contra el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y contra el principio de seguridad jurídica. Ambos con claro reflejo constitucional dada su naturaleza de garantías propias del proceso de un estado de Derecho. El de inmodificabilidad como derivado del derecho a la obtención del derecho a la tutela judicial efectiva --art. 24.1-- que no consiente su arbitraria modificación, y el de seguridad jurídica --art. 9-3º C.E.-- porque es consustancial a todo sistema jurídico.

En consecuencia las cuestiones o impugnaciones efectuadas en relación al contenido de tales autos, deben ser resueltas prescindiendo de tales autos. Para emplear un símil, puede decirse que tales autos tratan de cumplir, *in extremis*, el papel de los arbotantes en las naves de las catedrales góticas, pero lo que en estas es una técnica constructiva necesaria que reparte el peso de la bóveda entre los muros de carga y los arbotantes, impidiendo el desplome de la nave, en la elaboración de la sentencia es una técnica prohibida, pues es dentro de la sentencia donde deben motivarse y resolverse todas las cuestiones. Al no haberse hecho así, es claro que ello produce el desplome de la parte de la sentencia que se ha querido apuntalar con los tan repetidos autos.

Lo veremos en el estudio del tercer motivo.

Procede la estimación de los motivos primero y segundo estudiados conjuntamente.

Pasamos al estudio del **motivo tercero**.

Está formulado por el cauce del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal por indebida inaplicación del art. 113 del Código Penal de 1973 que determina que el plazo de prescripción es de cinco años cuando el delito tenga señalado cualquier otra pena (que no exceda de seis años).

Ya hemos abordado este tema anteriormente, y volvemos sobre el de forma resumida.

El delito por el que ha sido condenado el recurrente, fue el de apropiación indebida del art. 535 en relación con el 529-7º del Código Penal de 1973, habiéndosele impuesto la pena de dos años de prisión.

Teniendo en cuenta que el delito queda consumado de forma pacífica y no cuestionada el día 30 de Junio de 1992 --*dies a quo*--, y que la querrela de Fiscalía se presentó en el Juzgado el día 19 de Julio de 1999 --*dies ad quem*-- es claro que habían transcurrido con creces --casi siete años--, el periodo de prescripción de cinco años que lleva aparejado el delito.

El motivo debe prosperar, y en consecuencia debemos declarar prescrito el delito con todas las consecuencias derivadas de dicho pronunciamiento.

Procede la estimación del motivo.

Pasamos al estudio conjunto de los **motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno.**

Todos los motivos citados están encauzados por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal que tienen como presupuesto de admisibilidad el respeto a los hechos probados. En ellos se abordan diversas cuestiones todas relativas al delito de apropiación del que fue condenado el recurrente.

Todos los motivos citados han perdido el interés casacional en la medida que se ha declarado la prescripción del delito. No obstante, con el fin de dar una respuesta más allá de las exigencias que demanda el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, debemos declarar:

a) Sobre la inexistencia del delito de apropiación --motivo cuarto--. La argumentación no respeta los hechos probados. En ellos se relata de forma clara, actuaciones cuya traducción jurídica integran el delito de apropiación. Así, y *ad exemplum*, se dice que "*...con el designio ya expuesto de hacerse con la totalidad del Club, Jesús Gil --Presidente-- en colaboración con Enrique Cerezo Torres --Vicepresidente-- hizo que el Atlético de Madrid le fuera reconociendo deudas no reflejadas en la contabilidad del Club...*", a tal efecto se recoge el otorgamiento de dos escrituras públicas de 31 de Enero de 1989 y 30 de Julio de 1990 en las que en nombre del Club, Enrique Cerezo reconoce una deuda a Jesús Gil de 971.475.700 millones de ptas. en la primera, y 1.015.000.000 ptas. en la segunda, y seguidamente se narra la transformación del Club en S.A.D. y la suscripción por Jesús Gil del 95% de las acciones sin haber desembolsado 1.950.225.200 ptas. gracias a los previos reconocimientos de deuda.

El motivo debe ser desestimado.

b) Sobre la obligación de Jesús Gil de devolver al Club las 236.056 acciones --motivo quinto--. Al quedar prescrito el delito, desaparece la

responsabilidad civil *ex delicto*, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse en vía civil, en su caso, por el propio Club quien pudiera o bien amortizar las acciones toda vez que no están desembolsadas o exigir su efectivo desembolso y sin perjuicio de las medidas que pudieran tomarse de apreciarse un incumplimiento de la Ley 10/90 de 15 de Octubre, del Deporte y del Reglamento que la desarrolla.

El motivo debe ser desestimado.

c) En relación a la falta de apropiación y a la inexistencia de ánimo de lucro --motivo sexto, séptimo y octavo-- nos remitimos a lo dicho anteriormente. Hubo delito de apropiación, cuestión diferente es que esté prescrito el delito.

Procede la desestimación de los motivos.

d) En relación a que no pudo haber delito de apropiación porque existía un estado de cuentas pendientes entre el Club y Jesús Gil, --motivo noveno-- por lo que habría que estar a la correspondiente liquidación sin que en tal contexto pueda hablarse de delito de apropiación. Nos remitimos a lo dicho en el apartado a). No es esa la situación que se desprende del *factum* cuyo respeto es imprescindible dado el cauce casacional utilizado.

Procede la desestimación del motivo.

Pasamos al estudio del **motivo décimo**.

Se cuestiona la devolución de las acciones al Club, cuando el Club nunca las tuvo, sino que las emitió tras su transformación en S.A.D. Se dice que no puede haber restitución si previamente no pertenecieron al Club.

Es cuestión a resolver en vía civil por el Club como persona jurídica distinta e independiente que no se confunde con la de los socios, por más que exista un socio mayoritario como es el caso del recurrente. Al respecto es suficiente la cita del art. 13 de la Ley 10/90 de 15 de Octubre que define a los Clubs como asociaciones privadas integradas por persona física o jurídica que, por lo que se refiere al Atlético de Madrid, revistió la consideración de Sociedad Anónima

Deportiva, y como tal sujeto al régimen de la S.A. con las particularidades que tiene aquella Ley --art. 19--.

El motivo undécimo.

Formulado al amparo del *error facti* del art. 849-2º LECriminal, se denuncia un error en relación al delito de estafa mediante el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado --art. 251-3º Código Penal de 1995--, delito por el que también ha sido condenado el recurrente.

La doctrina jurisprudencial acerca de este cauce casacional exige el cumplimiento de los siguientes requisitos para su admisibilidad.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "*...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...*", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otros. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala que por no tener relevancia con el presente recurso obviamos especificar. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin

necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté, a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes.

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo --art. 855 LECriminal-- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerdan, las recientes sentencias de esta Sala nº 332/04 de 11 de Marzo y 465/04 de 6 de Abril, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" tales extremos.

Sin perjuicio de declarar en este momento, que el fallecimiento acreditado del recurrente ocurrido el día 14 de Mayo de este año, como consta por la certificación del Registro que obra en el Rollo de Sala, extingue toda responsabilidad penal, de acuerdo con el art. 130-1º del Código Penal vigente, es lo cierto que este hecho, no impide el efectivo control casacional del recurso formalizado, y que desde esta perspectiva no se cumple con lo prevenido en este

cauce casacional de especificar con precisión los documentos que acreditarían tal error así como los apartados o extremos de ellos que así lo evidenciarían. Al respecto la única referencia que se efectúa lo es en los siguientes términos "*...Pero la Sala no ha tenido en cuenta que el crédito de Don Jesús Gil y Gil aparece sobradamente constatado mediante los recibos de las primas percibidas por toda la plantilla del Atlético de Madrid con ocasión de los éxitos deportivos (títulos de Liga y Copa del Rey, más ascenso a Segunda División del equipo filial) conseguidos en la temporada 1995-1996, cuyos importes no se reflejaban en la contabilidad del Club siendo cantidades que los profesionales recibían con carácter extracontractual. Tales recibos fueron aportados, en sus documentos originales, ya durante las sesiones del juicio oral y previa admisión por parte del Tribunal "a quo", por el testigo Don Álvaro Gómez Migallín, quien así mismo aportó sendos juegos de lo recibido de las primas percibidas por la plantilla correspondientes a los tres ejercicios anteriores (y obran, tal y como refleja el folio 1092 del Rollo de Sala, en cuatro carpetas no foliadas obedientes a cada uno de los mencionados ejercicios y depositadas por el testigo en la Secretaría de la Sala en su comparecencia de 25 de Julio de 2000)....*" --página 76 del recurso--.

De entrada, no nos explicamos la total ausencia de reflejo contable de las cantidades que se dicen abonadas a los jugadores por el recurrente con el hecho de que tales cantidades tuvieran la naturaleza de donación.

Es patente el incumplimiento de las obligaciones del recurrente derivadas de las exigencias de este cauce casacional, SSTS 332/2004 de 11 de Marzo, 451/2004 de 1 de Abril y 465/2004 de 6 de Abril ya citadas. Como se dice en esta última sentencia, la Sala en este marco casacional no puede adoptar el papel de un zahorí buscando e indagando entre las carpetas de los documentos designados en la forma expresada, donde puede estar el dato acreditativo del error denunciado por la parte.

El motivo debe ser desestimado.

Pasamos seguidamente al estudio, conjunto de los **motivos duodécimo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto**, todos formalizados por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal impugnando como indebida la aplicación del delito de estafa por simulación de contrato del art. 251-3º del Código

Penal de 1995. Se trata de motivos cuyo destino corre unido al anterior motivo, por lo que inmodificado el relato fáctico a consecuencia de la desestimación del motivo undécimo, el rechazo de los actuales es su lógica consecuencia, lo que viene a reconocer el propio recurrente cuando al folio 82 del recurso se afirma que "*...la estimación del motivo implicaría la integración y modificación del relato histórico de la sentencia...*".

El recurrente en los cuatro motivos citados ignora el obligado respeto a los hechos probados para efectuar alegaciones o denuncias que pretende un nuevo relato, por lo que incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

a) Se dice en el motivo duodécimo que la deuda del Club Atlético de Madrid con Promociones Futbolísticas S.A. era deuda real aunque carecía de reflejo contable.

b) Que no hubo simulación en la suscripción de los cuatro contratos otorgados el 16 de Enero de 1998 respecto de cuatro jugadores para cancelar Promociones Futbolísticas, es decir, el recurrente, la deuda de 2.700 millones de ptas. que tenía con el Club Atlético de Madrid.

c) Que no hubo perjuicio para el Club, porque en dicho contrato no era tercero sino parte.

d) Que no hubo dolo, y que, en definitiva, Jesús Gil era el dueño del 95% de las acciones.

Estas afirmaciones no se compadecen con el *factum*, sino que lo alteran sustancialmente.

Así en relación a la deuda de 2.700 millones se afirma en el *factum* que fue generada por la consciente confusión de patrimonios entre el del Atlético y el de Jesús Gil y la constelación de sus empresas instrumentales. Se dice que dicha deuda era una deuda contable que Jesús Gil y su hijo quisieron cancelarla sin reintegro de cantidad alguna, --y por lo tanto en claro perjuicio para el Club-- y a tal fin cedieron los derechos económicos y de imagen de cuatro jugadores siendo el

valor de tales derechos nulo, concretándose en el relato histórico las condiciones de esos cuatro jugadores "*profesionales*", y así, de Lawal se afirma que tuvo ficha profesional en el Atlético de Madrid B en la temporada 98/99, De Mbengue que jugó como juvenil en los equipos de el Amorós, el Alcobendas, el Consuegra y el San Fernando desde la temporada 95/96, de Djana que había entrado en España siendo menor de edad, huyendo de la guerra civil en su país, que se le denegó el asilo político y que fue acogido por la Comunidad de Madrid en la casa de refugiados de los Padres Mercedarios, jugando en los juveniles del Atlético desde el año 1997. De Oliveira, que pertenecía al equipo juvenil del Atlético desde Septiembre de 1997, habiendo jugado en el Juvenil B sin que sus derechos económicos o de imagen pertenecieran a sociedad alguna.

Debemos reiterar que, según el *factum*, fue con los "derechos" de estos jugadores que Jesús Gil --a través de Promociones Futbolísticas-- "canceló" la deuda que tenía con el Atlético por valor de 2.700 millones de ptas. en virtud de los oportunos contratos de cesión otorgados el 16 de Enero de 1998.

El delito de estafa ejecutado a través del otorgamiento de un contrato simulado tipificado en el art. 251-3º del Cpenal vigente --que es el aplicado en la sentencia--, se integra por los siguientes elementos --SSTS 383/2002 de 6 de Marzo y 1348/2002 de 18 de Julio--:

a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un contrato en documento público o privado que, o bien no responde a negocio jurídico alguno (simulación absoluta), o bien oculta otro contrato distinto (simulación relativa).

b) Que el resultado de tal otorgamiento tenga una valoración perjudicial de naturaleza patrimonial, de acuerdo con la normativa que regula el tráfico de bienes.

c) Desde el punto de vista de la culpabilidad, se trata de un delito esencialmente doloso de suerte que debe existir conciencia y voluntad de la simulación realizada con el ánimo tendencial de causar un perjuicio patrimonial con el consiguiente beneficio para los sujetos activos.

En el caso de autos resulta relevante resaltar que los contratantes fueron Jesús Gil como cedente de los derechos económicos y de imagen que tenía de los cuatro futbolistas, actuando a través de su sociedad instrumental Promociones Futbolísticas, y su hijo Miguel Angel Gil Marín como Director General del Atlético en nombre de éste.

Se está en un caso de autocontratación en acción concertada entre el accionista mayoritario del Club y el representante del Club, ambos, además, unidos en una relación paterno filial, que diseñan y realizan una operación tendente a eliminar una deuda del accionista mayoritario, con claro perjuicio por el Club acreedor. Al efecto debemos recordar que el Club tiene una personalidad jurídica propia y distinta que no se confunde ni se indentifica con la de sus socios, ni aún en el caso de que uno de ellos sea titular del 95% del accionariado. La personalidad del Club es distinta de la de sus socios y aquí existían, además, socios minoritarios, lo que en el presente es tanto más cierto cuanto, además, el recurrente se hizo con dicho paquete accionarial de forma fraudulenta, sin efectuar desembolso alguno, como ya se ha acreditado, por más que el delito de apropiación haya sido declarado prescrito, pero es que el Club Atlético de Madrid, como otros tantos, es depositario de una historia y de unos valores de naturaleza inmaterial, que trascienden y superan su mera traducción económica. En definitiva, padre e hijo con manifiesto abuso, perjuicio y deslealtad hacia el Club suscribieron en colusión el contrato que aunque formalmente tenía dos partes contratantes, la del Club estaba instrumentalizada y como tal supeditada y vicaria a los fines del otro contratante con lo que, en realidad, al no existir contraprestación, se trató de una simple y pura condonación de una deuda, en perjuicio del acreedor, que es el Club.

Reiteramos que el *factum*, cuyo respeto es esencial dado el cauce casacional empleado, Jesús Gil tenía una deuda con el Club --a través de su empresa instrumental Promociones Futbolísticas S.A.-- ascendente a 2.700.000.000 de ptas. y con la finalidad de cancelarla sin reintegro de esa cantidad simuló la cesión de los derechos de imagen y económicos de cuatro jugadores "...*siendo el valor de esos derechos casi inexistente....*".

Ello nos sitúa en un caso de simulación relativa porque con la apariencia formal de los contratos suscritos, lo realmente apetecido era ocultar la realidad de una extinción gratuita de la deuda de dos mil setecientos millones que el

recurrente tenía con el Club. No existió una contraprestación, lo que es habitual en las compraventas y otros negocios bilaterales y onerosos que encubren un negocio prácticamente gratuito, en concreto y en este caso una condonación de deuda.

Al cuestionar el motivo que se estudia el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal sentenciador sobre la simulación de contrato, debemos verificar en este control casacional si se contó con prueba de cargo relevante, que de ordinario será indiciaria, ya que en los supuestos de simulación contractual, la divergencia entre la voluntad manifestada y lo realmente apetecido debe deducirse de indicios acreditados que permiten alcanzar la certeza del hecho-consecuencia que se estima acreditado.

Así centrado el ámbito del control casacional que debe efectuar esta Sala, comprobamos que en la motivación de la sentencia, se aborda esta cuestión en las páginas 26, 27 y 28. En ellos se van desgranando los indicios que le permitieron al Tribunal alcanzar y razonar la conclusión de estar en presencia de unos contratos simulados utilizados como vía engañosa para defraudar al Club, y así, la sentencia se refiere:

a) A las propias declaraciones de los recurrentes en lo relativo a que los derechos sobre tales cuatro jugadores profesionales, los había adquirido previamente Promociones Futbolísticas S.A. --es decir Jesús Gil y Gil-- de Harrogate Licence BV, y que pagó por ellos 2.740.000.000 ptas., para reconocer seguidamente que, en realidad sólo abonó en efectivo 400.000.000 ptas., de ellas, docientos millones el 28 de Enero de 1999, y el resto el 12 de Marzo de 1998, consignándose en la motivación los documentos acreditativos de tal único pago.

b) Frente a la tesis de los recurrentes de que no se abonó más por el bloqueo judicial de las cuentas del Club llevado a cabo en Diciembre de 1999 --hecho notorio--, la Sala sentenciadora valora las declaraciones de los cuatro jugadores concernidos cuyos derechos económicos y de imagen fueron objeto de los contratos simulados, y así Oliveira ya había sido contratado con anterioridad, en concreto el 5 de Septiembre de 1997 para el equipo juvenil del Atlético B.

c) Djana, según la declaración del religioso mercedario que dirigía la Casa de refugiados Menores, en el año 1999 entrenaba para el Atlético ganando unas cuarenta o sesenta mil ptas. al mes.

d) En relación a Lawal, los auditores Sres. San Segundo Onton y Peter Cook en su informe ratificado en el Plenario alegaron que aunque Lawal jugó en el

segundo equipo del Atlético en la temporada 1998/1999, su valor, y el de los otros tres jugadores, *"nunca pudo aproximarse a las cifras que se habían señalado en los supuestos contratos, llegando a afirmar en su informe que tenía un valor contable cero"*.

e) Los informes del Ministerio del Interior obrantes en los autos, acreditan que en relación a Djana se le había concedido permiso de residencia. Mhenge tenía permiso de residencia no lucrativo en 1998, Lawal tenía autorización de residencia y permiso de trabajo en 1998 y Oliveira también, desde 1997.

Con todos estos datos, el Tribunal sentenciador rechaza la tesis de los recurrentes de que con la operación de los cuatro jugadores se pretendía regularizar una deuda que Jesús Gil tenía con el Atlético ascendente a 2.700.000 ptas., lo que a su vez, resultaba incompatible con lo afirmado por los propios recurrentes de que tal deuda no era existente porque se compensaba con abonos hechos al Club por Jesús Gil por dicha cantidad, abonos que tampoco estaban contabilizados y que se referían a primas y otras donaciones hechas a los jugadores --véase argumentación motivo undécimo--.

En definitiva, la sentencia concluye que si los jugadores no tenían tal valor económico, --tesis que es la acogida en el *factum*-- por lo que es claro que existió un perjuicio para el Atlético que compensó el crédito que tenía con Jesús Gil con tales contratos, cuando el valor de los derechos transmitidos era nulo. La motivación se concluye con una hipótesis desafortunada por su oscuridad relativa a que si los jugadores hubieran tenido el valor asignado *"...o sí tenían tal valor, pero como el Atlético de Madrid habría de pagar el elevado precio a Promociones Futbolísticas S.A., que a su vez tenía que abonarlo a Harrogate License BV, y, dada la confusión en Promociones de los abonos y pagos del Atlético de Madrid y de Jesús Gil y sus empresas, se hacía aparecer una salida de dinero procedente del patrimonio de Jesús Gil (Promociones Futbolísticas) no constatable..."*.

Sea cual fuese lo que quiso decir el Tribunal, con la críptica frase citada es lo cierto, como ya se ha dicho, el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal e indicado en el *factum* de forma indubitada fue que se simuló los cuatro contratos ya referidos para compensar la deuda que el recurrente tenía con el Club cuando el valor económico de los contratos era nulo, o a lo sumo podría

alcanzar a los cuatrocientos millones que se reconoce en el *factum* que se abonó a Harrogate License BV, cantidad a todas luces muy inferior a la deuda.

Como ya hemos dicho en múltiples sentencias de esta Sala --*ad exemplum* SSTS 1110/2001 de 22 de Junio, 72/2000, 1085/2000, 1364/2000 de 8 de Septiembre, entre otras muchas--, el ámbito del control casacional en relación a la prueba de indicios abarca dos extremos:

a) Desde el punto formal, y dada la estructura de la prueba indiciaria, el control casacional se integra por la verificación de que se hayan expresado en la sentencia los indicios o hechos base acreditados, y a constatar la existencia de un razonamiento que partiendo de los indicios, llegue a la conclusión o hecho-consecuencia que se quiere acreditar.

b) Desde el punto material debe estar referido a la verificación de que los indicios sean varios o uno sólo de singular potencia acreditativa, que tales indicios estén acreditados por prueba directa, que sean periféricos al hecho que se quiere acreditar, que estén interrelacionados y no estén desvirtuados por otros de signo contrario, y, finalmente en relación al juicio de inferencia, debe estar explicitado y ser razonable, según el "*enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*", en términos del art. 1253 del Código Civil. En definitiva la esencia o núcleo de la esencia del control casacional en relación a la prueba indiciaria es la verificación del "juicio de razonabilidad" de dicha inferencia que debe ser considerado no como la única certeza posible, sino, más limitadamente como que sea en sí mismo lógica y razonable, aunque puedan haber otras explicaciones, porque la comparación entre versiones queda extramuros del control casacional en razón a que la valoración de las pruebas le corresponde al Tribunal sentenciador de acuerdo con el principio de inmediación y del art. 741 LECriminal, como recuerda la STC de 4 de Junio de 2001 y la 68/2001 de 17 de Marzo, 117/2000 ó la de 28 de Enero de 2002.

Retenemos estas citas textuales "*...La finalidad de tal examen no es, obviamente, la de ponderar la razonabilidad de otras posibles inferencias....*" STC 157/98 de 13 de Julio, "*...sino la de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo....*" STC de 22 de Julio de 2002 --caso Lasa Zabala--.

Asimismo de esta Sala podemos citar entre otras las SSTS 435/99 de 10 de Junio, 1502/2000, 1171/2001 de 20 de Julio, nº 220/2004 de 20 de Febrero.

Desde esta doctrina, estimamos que el Tribunal ha dado cumplimiento a sus deberes en relación a la cuestión que se estudia, tanto desde el punto de vista formal como material, siendo especialmente relevante afirmar que la conclusión reflejada en el *factum* relativa al auto valor económico de los derechos transmitidos al Club con la finalidad de cancelar la deuda que Jesús Gil tenía con aquél, aparece como conclusión razonada, razonable, ajustada a las reglas de la lógica y máximas de experiencia y en modo alguno arbitraria.

A ello se puede añadir, que también se cuenta con contexto familiar, usual en estas situaciones de simulación, cual es la relación paterno-filial que unía a los contratantes, lo que refuerza la realidad de la simulación.

Como resumen de todo lo razonado, los hechos integran el delito de que aparece condenado el recurrente y su hijo.

Procede la desestimación de los motivos duodécimo a decimoquinto.

El **motivo decimosexto** --último del presente recurso--, denuncia por la vía del *error in procedendo* con apoyo en el art. 851-1º LECriminal, el vicio de no declarar los hechos probados clara y terminante cuales son los hechos probados.

En la argumentación, se dice que la sentencia no dice en qué ha consistido la apropiación indebida, si el desembolso fue real y si fue real el crédito compensado por Jesús Gil.

Una lectura del *factum* permite afirmar que la apropiación indebida fue real, pues el *factum* declara que las dos escrituras públicas de reconocimiento de deuda del Atlético a Jesús Gil, lo fue de deuda que no tenía ningún reflejo contable y que fue gracias a tales escrituras las deudas tuvieron una realidad que de otro modo no habían tenido, que el desembolso de dinero para la compra de las acciones fue ficticio pues efectuado el ingreso del dinero en la c/c correspondientes, fue seguidamente transferido a otra cuenta, afirmándose en el *factum* que "...como estos ingresos no tenían otra finalidad que aparentar el desembolso..." y que como

consecuencia de ello, se hizo con el 95% del accionariado sin abonar nada, y en relación a si fue real el crédito compensado, lo relevante es la existencia de la simulación del contrato, cuestión que está resuelta en la sentencia con claro perjuicio para el Club teniendo la deuda una cuantía de 2.700 millones de ptas., no se cuestiona la realidad económica de dicho perjuicio, respecto del que el Ministerio Fiscal, como luego veremos, renunció a la petición de reembolso efectivo, aceptando la solución de la sentencia que en el fallo acuerda al respecto *"...ha de reponerse la situación contable al estado anterior a la ficción, cuando reflejaba una deuda de Jesús Gil en el Club por importe de 2.700 millones de ptas....."*.

No hay tal oscuridad ni ambigüedad en la expresión del relato, lo que no puede confundirse con la consciente confusión buscada y conseguida por el recurrente y su hijo, haciendo aparecer la existencia de unos créditos contra el Club que no tenían reflejo a medio de su reconocimiento escrituario y luego cuestionando por irreales, deudas contabilizadas que él tenía con el Club diciendo que sólo eran deudas contables.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Recurso de Enrique Cerezo Torres.

Era, a la sazón el Vicepresidente del Club.

Está condenado como cooperador necesario del delito de apropiación del que se condenó como autor material a Jesús Gil y Gil.

El recurso aparece formalizado a través de **nueve motivos**.

Los **motivos primero y segundo**, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales, es coincidente en lo sustancial con los motivos primero y segundo del anterior recurrente.

Se denuncia la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a los recursos y a la invariabilidad de las sentencias, todo ello en relación a los dos autos de aclaración ya estudiados, y respecto de los que se formalizó recurso

de súplica por el recurrente para instar su modificación recurso que no le fue admitido.

Se trata de una cuestión ya resuelta y a ello debemos atenernos.

Los autos son nulos y deben de tenerse por no puestos con las consecuencias correspondientes.

Procede la estimación de ambos motivos.

El **motivo tercero**, denuncia la indebida inaplicación del art. 113 del Código Penal de 1973. Se solicita la declaración de hallarse prescrito el delito de apropiación del que ha sido condenado como cooperador necesario.

También se ha declarado que dicho delito está prescrito, por lo que la properabilidad del delito es clara.

El resto de los **motivos cuarto a noveno**, inciden en diversas cuestiones relativas al delito de apropiación indebida, unos reiterativos y otros complementarios con el motivo tercero y todos carentes de relevancia casacional una vez que se ha declarado prescrito el delito.

Cuarto.- Recurso de Miguel Angel Gil Marín.

Era el Director General del Atlético ya convertido en S.A.D., desde Noviembre de 1992.

El recurso aparece formalizado a través de **cuatro motivos**.

El **primer motivo**, por el cauce del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el art. 251-3º, estafa mediante simulación de contrato, delito por el que está condenado junto con su padre Jesús Gil. Se trata de una cuestión ya abordada y resuelta en el estudio del primer recurso y a lo allí dicho nos remitimos.

Ya hemos dicho que aunque formalmente el Club fue contratante, dada la colusión fraudulenta existente entre padre e hijo para hacer desaparecer la deuda de Jesús Gil, debe estimarse perjudicado al Club.

El **motivo segundo**, por igual cauce que el anterior estima indebidamente aplicados los artículos 110, 112, 115 y 116 del Código Penal.

La sentencia condena a Jesús Gil y a su hijo Miguel Angel Gil a abonar por mitades al Club el importe del IVA que el Club pagó por la cesión de los cuatro jugadores y que ascendió a 438 millones de ptas. Se argumenta que los contratos calificados de simulados no han sido declarados nulos en la sentencia, y que en definitiva sobre pertenecer los cuatro jugadores concernidos al Club, este descontó en su día el IVA pagado a Promociones Futbolísticas S.A., por lo que el acordado reembolso constituiría un enriquecimiento injusto para el Club.

El motivo tiene que prosperar por la exclusiva razón de que, en efecto, los contratos declarados simulados en la sentencia en la medida que no se ha acordado su nulidad, siguen siendo válidos, sin que ello suponga una contradicción, porque el engaño/simulación está en compensar una deuda de 2.700 millones de ptas. con la cesión de los derechos económicos y de imagen de unos jugadores cuyo valor en el mercado era prácticamente inexistente, o en todo caso muy inferior a la deuda existente.

Por ello el IVA abonado debe mantenerse sin que haya lugar a reembolso alguno.

Procede la estimación del motivo.

El **motivo tercero**, por la vía del *error facti* se dice que la sentencia omitió consignar que la deuda de 2.700 millones de ptas. no era una deuda real, sino meramente contable --error por omisión en los hechos probados--.

Como "documentos" acreditativos del denunciado error se refiere a declaraciones testificales, a la pericial de Riosalido y a unos documentos contables indicados *in genere*.

El recurrente incurre en el mismo defecto procesal que ya hemos estudiado al estudiar el motivo undécimo del primer recurso.

Se indican in genere los recibos de los pagos complementarios realizados a los jugadores en las campañas 92/93, 93/94, 94/95 y 95/96, con cita de "dos archivadores" y de la cuarta carpeta. A ello se unen los contratos federativos, complementarios y adicionales obrantes en las piezas separadas 13 y 14 del Rollo de Sala. Además se indican diversas declaraciones testificales y de imputados, que no tienen la condición de documentos en clave casacional, y finalmente se cita la conclusión del Informe del perito Sr. Garrido Riosalido, que fue ratificado en el Plenario el cual afirma la realidad de pagos efectuados a su personal deportivo efectuados en parte de modo no oficial, añadiendo que existe recibidos firmados por importe de 1.794.394.000 ptas.

En relación a esta pericia no se deduce con claridad e indubitadamente el error que se denuncia, pues aún aceptando en sede teórica el pago de dicha cantidad, la deuda fijada en sentencia excede en casi mil millones de ptas. y por otra parte --y esto es muy relevante-- nada se acredita respecto a quien abonó tales pagos, por lo que nada patentiza la pericial indicada respecto del error que se denuncia, pericial que, además, está severamente contradicha por las pruebas indirectas valoradas por el Tribunal sentenciador.

Procede la desestimación del motivo.

El **motivo cuarto**, por la vía del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebida la aplicación del art. 251-3º. Se trata de un motivo corolario del anterior y que por tanto su suerte corre unida a aquel.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- Recurso de Inmobiliaria Alhambra S.A.

Fue declarada responsable civil en el auto de aclaración de 18 de Febrero de 2003 que, como ya se ha razonado, ha sido declarado nulo y en consecuencia debe tenerse por no puesto.

La consecuencia directa de tal nulidad respecto de la entidad recurrente es que queda sin efecto la declaración de responsabilidad que allí se hace, por lo que, siendo el único pronunciamiento existente en la sentencia, ahora dejarlo sin efecto carece de todo interés casacional el recurso formalizado que estaba motivado, precisamente, en la declaración de responsabilidad civil subsidiaria efectuada en el citado auto de 18 de Febrero de 2003.

Sexto.- Recurso del Ministerio Fiscal.

Aparece formalizado a través de **diez motivos**.

Estudiaremos de forma agrupada los **motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto**.

En ellos, bien por la vía del *error iuris* del n° 1 del art. 849 LECriminal --motivos primero, tercero y quinto--, o bien por el del *error facti* con apoyo en el art. 849-2° LECriminal --motivos segundo y cuarto--, solicita la aplicación en relación al delito de apropiación indebida del que han sido condenados en la instancia Gregorio Jesús Gil y Gil y Enrique Cerezo Torres de las agravantes específicas de:

a) Haber recaído sobre bienes de reconocida utilidad social --art. 529-1° Código Penal de 1973--.

b) Existir múltiples perjudicados --art. 529-81 Código Penal de 1973--.

c) Haber mediado abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional --art. 250-7° del Código Penal vigente--.

La sentencia razona la no concurrencia de las circunstancias específicas agravantes a) y b) en la página 34 --F.J. segundo-1°--, aunque es cierto que guarda silencio respecto de la c) lo que es censurado por el Ministerio Fiscal.

Realmente, el debate que suscita el Ministerio Fiscal en los motivos citados resulta ocioso en la medida que fue rechazada en la instancia la aplicación de las agravantes que pudieran haber justificado la aplicación de la pena en un grado superior, lo que en otro caso hubiera tenido su lógica influencia en la determinación del plazo de prescripción. Declarado nulo el auto de aclaración de 15

de Febrero de 2003, como ya se ha razonado *in extenso* en el primer recurso, la consecuencia de todo es la declaración de estar prescrito el delito por el que fueron condenados Jesús Gil y Enrique Cerezo, por lo que carecen de interés casacional los motivos citados.

No obstante, la Sala en el deseo de extremar dar respuesta a todas las cuestiones que se susciten, incluso más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, quiere declarar que comparte la negativa expresada en la sentencia recurrida a la aplicación de tales agravantes específicas.

Es claro que la circunstancia primera del art. 529 del Código Penal de 1973 --bienes de utilidad social-- sólo se da cuando la apropiación recae sobre aquellas de las que no se puede prescindir, siendo imprescindible para la subsistencia o salud de las personas. El Código Penal vigente se refiere a cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social, y en tal sentido la constante jurisprudencia de esta Sala la ha aplicado a viviendas --cuando sea la de uso habitual, no la de finalidad recreativa --SSTS de 14 de Febrero de 1994, 971/95 de 6 de Octubre y 658/98 de 14 de Junio--, habiendo sido excluido también el caso de oficinas. En definitiva se trata con esta agravante de conseguir un plus de protección de la tutela del consumidor frente a ataques fraudulentos a "*bienes cuasi primarios*".

Es obvio, que un club de fútbol, aunque puede ser titular de un patrimonio inmaterial muy relevante, aunque pueda formar parte de las señas de identidad de una colectividad, todo ello por encima de su mero valor económico -- como ya se ha dicho-- no puede beneficiarse del plus de protección que dispensa esta norma. No es un bien de utilidad social.

En relación a la agravante de múltiples perjudicados aceptando cualquiera de las posturas que aparecen en la jurisprudencia de la Sala:

a) Ya se estime que debe aplicarse cuando el número de afectados sea elevado, "más que muchos".

b) Ya se estime que tal circunstancia debe conectarse con el concepto de delito masa, de suerte que, además de ser muchos, o un número elevado, debe aparecer un colectivo de personas inicialmente indeterminadas, SSTS 1231/02 de 1 de Julio y 1445/2003 de 30 de Octubre, desde ninguna de ambas concepciones se

dan los elementos de hecho que pudieran permitir su aplicación en este caso. De entrada, el perjudicado sería el propio Club sin perjuicio que, en un segundo nivel, puedan existir socios individuales --la sentencia se refiere a 3.174--, pero siguiendo la doctrina sentada en las recientes sentencias de esta Sala nº 298/03 de 14 de Marzo y en la 1231/02 de 1 de Julio, debemos considerar en tales casos que los perjudicados son las entidades jurídicas en las que se integran los socios, y no éstos directamente.

En el caso de autos, esta decisión resulta tanto más justa cuanto que ningún socio individual se ha personado en las actuaciones.

Por lo que se refiere a la agravante de abuso de relaciones personales o de su credibilidad empresarial dando respuesta allí donde no lo hizo la sentencia de instancia, podemos decir que tal circunstancia fue introducida en el vigente Código Penal, y la sentencia aplicó el anterior Código Penal, que era el vigente cuando se cometieron los hechos, por lo que no cabría una aplicación retroactiva in *malum partem*, (recordemos que el delito que se comenta se consumó el 30 de Junio de 1992, y el nuevo Código Penal entró en vigor el 25 de Mayo de 1996). Además, su aplicación debe ser muy cautelosa en garantía de la interdicción del *non bis in idem* pues el quebranto de la confianza ya forma parte del tipo penal básico de la apropiación indebida, por eso las SSTS de 2549/01 de 4 de Enero de 2002 y la 1753/2000 de 8 de Noviembre, la reservan para aquellos casos en que exista un plus que haga más rechazable el quebrantamiento de la confianza.

Procede la desestimación de los motivos analizados.

Pasamos al **motivo sexto**.

Por la vía del art. 849-1º LECriminal, se denuncia la indebida aplicación del art. 110 del Código Penal e indebida aplicación del art. 127.

La sentencia acordó en el fallo la restitución al Atlético de Madrid de las 236.056 acciones. El Ministerio Fiscal estima que debiera haberse acordado el comiso de las mismas al ser efectos del delito de apropiación.

No es posible acceder a esta petición.

El delito de apropiación relacionado con tales acciones, ha sido declarado prescrito, prescripción que afecta tanto a la pena como a la responsabilidad civil y todas las consecuencias accesorias de la condena.

El comiso, en el art. 127 es una consecuencia accesoria de la condena, si esta no se produce, no puede haber comiso alguno.

Por la misma razón de estar el delito prescrito no puede mantenerse el pronunciamiento de la sentencia de devolución de tales acciones al Club, todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que puede ejercitar el club, pues es lo cierto que tales acciones no fueron desembolsadas.

El **motivo séptimo**, por la misma vía que el anterior, protesta por la absolución acordada en la sentencia del delito societario en su modalidad de falsedad contable del art. 290 del Código Penal y 296.

Se sostiene en la argumentación que el propio *factum*, se refiere al *"maquillaje de la contabilidad"* que se efectuó entre Jesús Gil y Miguel Angel Gil en el sentido de que de forma deliberada falsearon durante varios ejercicios económicos las cuentas del club, y que como también se reconoce en la página 14 del *factum*, tales alteraciones tuvieron como finalidad *"...evitar que apareciera como el patrimonio estaba por debajo del 50% del capital social, lo que legalmente hubiera implicado una causa de disolución..."*.

La sentencia aborda y justifica la absolución en el F.J. tercero. Se hace referencia a la alteración de balances concretada en los hechos a), b) c) y d) del *factum* --página 14 de la sentencia--. En lo referente al apartado a) se argumenta que se trató del agotamiento de la maniobra realizada par simular el desembolso del capital social; en relación a los hechos b) y c) se dice que no se respetaron los principios contables de cancelación, de ingresos y gastos, de prudencia, de registro y de devengo, en definitiva, tales cuentas no reflejaban la imagen fiel de la sociedad, pero a pesar de ocultarse la disminución del patrimonio social, con alusión de una causa de disolución *"...no consta que, en el presente caso haya originado o pueda originar dicho perjuicio..."* por lo que faltaría el elemento del tipo de la existencia de perjuicio a la sociedad, a los socios o a un tercero.

Las diversas figuras penales que integran el actual Capítulo XIII --delitos societarios-- del Título XIII --delitos contra el patrimonio y el orden social económico--, carecen de precedente en el anterior Código Penal con lo cual, está dicho que el delito del actual art. 290 con el que se inicia el Capítulo XIII, estrena su vigencia con la del Código Penal, esto es, a partir del 25 de Mayo de 1996, y ello sin negar la concordancia que pudiera existir con el art. 303 del Código Penal de 1973 que castigaba la falsedad cometida por particular en documento mercantil.

De entrada, es lo cierto que la calificación efectuada en su día por el Ministerio Fiscal, era alternativa en la medida que, como consta en el antecedente tercero de la sentencia --página 4--, se hacía referencia bien al articulado del actual Código Penal, o al del anterior, por lo que en principio, el derivar tales hechos a la aplicación del anterior Código Penal, en vigor cuando se cometieron --hecho a) 30 de Junio de 1992, hecho b) 30 de Junio de 1993 y 22 de Julio de 1999, hecho c) 13 de Julio de 1995--, no plantearía ningún roce con el principio acusatorio. El hecho d) fue posterior a la vigencia de la Ley 7/96 de 7 de Junio de actualización de balances, y como tal, tras la vigencia del actual Código Penal.

No obstante existe, con carácter previo al debate que suscita el motivo relativo a la existencia de un perjuicio, una cuestión de naturaleza procesal que por su carácter previo, y por los efectos que tiene cara al estudio del fondo, convierte en innecesario el estudio que sugiere el motivo formalizado.

Nos estamos refiriendo al contenido del art. 296 que introduce una condición objetiva de perseguibilidad para todos los delitos societarios, y que no obstante venir introducida en el vigente Código, desplegaría su eficacia, retroactivamente en el caso de que se estimase aplicable al anterior Código Penal, dada su naturaleza favorable para el condenado como preceptúa el art. 2-2º del Código Penal.

Tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una

especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias.

En el caso de autos, no ha existido tal denuncia de las personas agraviadas, que no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados.

Ciertamente que el párrafo segundo de dicho artículo, exige de dicha presentación de denuncia cuando el delito "*....afecte a los intereses generales o a una pluralidad de algunos....*". En el presente caso no se está en ninguno de los supuestos exceptuados. No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito.

No nos parece que la situación que atravesaba el Club Atlético de Madrid tuviera capacidad de afectar a los intereses generales del conjunto de relaciones que vertebran el mundo del fútbol profesional --ámbito que debe delimitar aquel concepto--, o al menos, nada se ha acreditado al respecto en autos. De igual modo tampoco se ha acreditado la afectación a una pluralidad de personas, y al respecto, nos remitimos a lo dicho en el F.J. sexto recurso del Ministerio Fiscal motivos primero a quinto, en relación a la no aplicación de la agravante específica de múltiples perjudicados --art. 529-8º del anterior Código Penal--.

Como consecuencia de todo lo razonado, procede rechazar el motivo por falta del requisito de perseguibilidad exigido en el art. 296 del Código Penal, lo que hace innecesario entrar en el debate de si existió o no perjuicio, extremo que la sentencia declara inexistente.

Pasamos al estudio del **motivo octavo**.

Por la misma vía casacional que el anterior motivo, se denuncia como indebidamente el art. 110 del Código Penal. La sentencia declara que los accionistas minoritarios desembolsaron 112.133.000 ptas. por la compra de acciones del Club. Al día siguiente, Jesús Gil ordenó la transferencia de ese ingreso a una de las sociedades instrumentales de éste, Promociones Futbolísticas S.A.

Se trata de una apropiación que se integra en la inicial, que condena la sentencia.

Desde esta realidad, la petición del Ministerio Fiscal de que tal dinero sea reintegrado al Club, carece de toda viabilidad, pues extinguido por prescripción el delito, no ha lugar a efectuar pronunciamientos civiles *ex delicto*, ello sin perjuicio de las acciones que en vía civil pudieran ejecutar los que se consideren legitimados para tal petición en tal orden jurisdiccional.

Procede la desestimación del motivo.

Finalmente, los **motivos noveno y décimo** fueron desistidos por el Ministerio Fiscal en la vista del recurso, lo que nos exime de su abordaje.

Séptimo.- En relación a las costas causadas por los diversos recursos formalizados, de conformidad con el art. 901 LECriminal deben declararse de oficio las costas causadas por los recursos formalizados por las representaciones de Gregorio Jesús Gil y Gil, Enrique Cerezo Torres y la entidad Inmobiliaria Alhambra S.A., dada la admisión en todo o en parte de los mismos.

Se imponen las costas derivadas del recurso formalizado por la representación legal de Miguel Angel Gil Marín a dicho recurrente dada la total desestimación de su recurso.

Se declaran de oficio las costas del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR a los recursos de casación de las representaciones legales de **Gregorio Jesús Gil y Gil, Enrique Cerezo Torres y la entidad Inmobiliaria Alhambra S.A.** formalizados contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia

Nacional de fecha 14 de Febrero de 2003, la que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar, con declaración de oficio de las costas derivadas de tales recursos.

Que asimismo debemos declarar y declaramos HABER LUGAR y por estimación del motivo segundo al recurso de casación formalizado por la representación legal de **Miguel Angel Gil Marín**, contra la expresada sentencia con declaración de oficio de las costas de su recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el **Ministerio Fiscal** con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Luis-Román Puerta Luis Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar

Francisco Monterde Ferrer Diego Ramos Gancedo

RECURSO DE CASACIÓN 846/2003

Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García

Vista: 05/05/2004

Secretaría de Sala: Sr. Pérez Fernández-Viña

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N^o: 620/2004

Excmos. Sres.:

D. Luis-Román Puerta Luis
D. Joaquín Giménez García
D. Julián Sánchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Junio de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, Procedimiento Abreviado nº 213/00, seguida por delitos de apropiación indebida, falsedad contable y estafa, contra **Gregorio Jesús Gil y Gil**, nacido en Burgo de Osma (Soria), el 12.03.1933, hijo de Gerardo y Guadalupe, con D.N.I. 00562544-X, con domicilio en Madrid, c/O'Donnell, actualmente en libertad provisional por esta causa, bajo fianza de 125 millones de pesetas; **Enrique Cerezo Torres**, nacido en Madrid, el 27.02.1948, hijo de Enrique y Florentina, con D.N.I. 3398297-R con domicilio en Madrid, c/Fernán González, actualmente en libertad provisional por esta causa, bajo fianza de 50 millones de pesetas; **Miguel Angel Gil Marín**, nacido en Madrid, el 28.05.1963, hijo de Jesús y María Angeles, con D.N.I. 5387382-T con domicilio en Madrid, c/ Guzmán El Bueno, actualmente en libertad provisional por esta causa, bajo fianza de 50 millones de pesetas; como responsables civiles subsidiarios: **Promotora Inmobiliaria Alhambra S.A.; Promotora Inmobiliaria Guadiana S.A.; Promotora Inmobiliaria El Generalife S.A.; Myramco S.A.; Promociones Futbolísticas S.A.; Club Atlético de Madrid S.A.D.; Rancho Valdeolivias S.A.; Centro de Formación Nayade S.A.; María de los Angeles Marín Cobo y María Jesús de Frutos Arribas**; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Declarada en la sentencia casacional la nulidad de los autos de aclaración de 15 y 18 de Febrero de 2003, debemos estimar prescrito el

delito de apropiación indebida del que fueron condenados los recurrentes Gregorio Jesús Gil y Gil y Enrique Cerezo Torres, el primero como autor material y el segundo como cooperador necesario por el transcurso del tiempo previsto en la Ley.

Segundo.- En relación al delito de estafa por simulación de contrato, mantenemos la condena a Miguel Angel Gil Marín en los mismos términos en que fue dictada en la instancia.

En cuanto a Gregorio Jesús Gil y Gil, acreditado en el rollo de Sala de forma fehaciente su fallecimiento acreditado el 14 del pasado mes de Mayo, procede declarar la extinción de la responsabilidad penal por el expresado delito del que fue condenado en la instancia, de acuerdo con lo prevenido en el art. 130-1º del Código Penal.

Tercero.- En materia de pronunciamientos en vía de responsabilidad civil, por lo que se refiere al derivado del delito de apropiación indebida, una vez que se ha declarado prescrito el delito, no cabe pronunciamiento civil alguno, por lo que se deja sin efecto la obligación declarada en la instancia de devolución al Atlético de Madrid de las 236.056 acciones, con independencia de las acciones en vía civil que puedan corresponder a quien se estime legitimado para alterar la situación preexistente.

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil derivada del delito de estafa por simulación de contrato, se mantiene en sus propios términos el pronunciamiento de reponerse la situación contable anterior al estado de la ficción, cuando reflejaba una deuda de Jesús Gil con el Club por importe de 2.700.000 ptas., condenando a Miguel Angel Gil en nombre propio y a los herederos de Gregorio Jesús Gil y Gil a estar y pasar por tal reparación.

Dejamos sin efecto el pronunciamiento de que Miguel Angel Gil y los ahora herederos de Gregorio Jesús Gil y Gil abonen al Club la suma a que asciende el IVA pagado por el Club Atlético de Madrid en relación a los contratos que se declararon ficticios, y ello porque tales contratos no fueron declarados nulos.

Cuarto.- En atención a los inculpados y al número de delitos de que fueron acusados y absueltos tanto en la primera instancia, como en la presente

resolución que revoca parcialmente aquella, declaramos de oficio las ocho novenas partes de las costas de la primera instancia, imponiéndosele la restante novena parte a Miguel Angel Gil Marín.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos, por prescripción, del delito de apropiación indebida a **Gregorio Jesús Gil y Gil** y a **Enrique Cerezo Torres**.

Que debemos declarar extinguida por fallecimiento la condena a **Gregorio Jesús Gil y Gil** por el delito de estafa por simulación de contrato.

Que debemos mantener el resto de los pronunciamientos penales de la sentencia recurrida.

En materia de responsabilidad civil, dejamos sin efecto la devolución de las acciones del Atlético de Madrid e igualmente dejamos sin efecto el reembolso del IVA que el Atlético de Madrid haya abonado por los contratos simulados.

Mantenemos la obligación de reponer la situación contable al estado anterior a la firma, cuando se reflejaba una deuda de Jesús Gil con el Club de 2.700.000.000 ptas., debiendo estar y pasar por esta reposición Miguel Angel Gil Marín, por sí mismo, así como a los herederos de Jesús Gil y Gil.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Luis-Román Puerta Luis Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar

Francisco Monterde Ferrer **Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.