

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ075671

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sentencia 672/2019, de 25 de noviembre de 2019

Sección 30.^a

Rec. n.º 1014/2018

SUMARIO:

Delito contra la Hacienda pública. Elemento subjetivo. Ánimo de defraudar. Cesión de derechos de imagen de deportistas. La transmisión de los derechos de imagen hecha por un futbolista a una sociedad radicada en la Isla de Madeira (Portugal) a la que le era aplicable un régimen fiscal especial, que inicialmente suponía una exención total de impuestos; y que luego, tributaría a unos tipos muy reducidos del 4% y 5%, no es constitutivo de delito contra la Hacienda Pública, pues quedó demostrado que la cesión de los derechos de imagen no fue ficticia sino real. La cesionaria realmente llevó a cabo la explotación de los derechos de imagen que le fueron cedidos. La entidad portuguesa era quien negociaba, emitía y cobraba las facturas derivadas de los contratos publicitarios. El futbolista no intervino en la negociación de los contratos relativos a la explotación de su imagen. No es relevante a fin de determinar la comisión del hecho punible, la clase de sociedad a la que se ceden los derechos, ni el régimen fiscal derivado de su localización, ni quiénes son sus propietarios.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 305 y 305 bis.

PONENTE:

Doña Rosa María Quintana San Martín.

AUDIENCIA PROVINCIAL

PAB 1014/2018

SECCIÓN TREINTA

PA 1090/2016

Jdo. Instr. 40 de MADRID

SENTENCIA

Magistrados:

Rosa M^a QUINTANA SAN MARTÍN (ponente)

Juan José TOSCANO TINOCO

Ana Rosa NÚÑEZ GALAN

En Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la causa arriba referenciada, seguida por tres delitos contra la Hacienda Pública. El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado han formulado acusación contra Lucas, Luis e Marcial.

El acusado Lucas estuvo defendido en el acto del juicio oral por el letrado D. Jesús Urraza Abad y representado por la Procuradora Dña. Beatriz González Rivero.

El acusado Luis estuvo defendido en el acto del juicio oral por el letrado D. Jesús Urraza Abad y representado por la Procuradora Dña. Beatriz González Rivero.

El acusado Marcial estuvo defendido en el acto del juicio por el letrado D. Jordi Pina Massachs y representado por el Procurador D. Guzmán de la Villa de la Serna.

ANTECEDENTES PROCESALES

Primero.

En la vista del juicio oral, celebrada los pasados 9 y 10 de octubre de 2019, se practicaron las siguientes pruebas: interrogatorio de los acusados Lucas, Luis e Marcial; testifical de Onesimo y pericial de María Purificación y Adoracion, Rogelio, Santos, Segismundo, Sergio y de Teodoro.

Segundo.

El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de:

- Un delito contra la Hacienda Pública , previsto y penado en el artículo 305. 1 y 2 a) del Código Penal (en relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del periodo 2011); y; - Dos delitos contra la Hacienda Pública , previsto y penado en los artículos 305 bis 1. a) y 305. 1 y 2 del Código Penal (en relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 2.010 y 2.012).

Imputa la responsabilidad penal, en concepto de autor del artículo 28 del Código Penal, a Lucas; y, a Luis e Marcial, en concepto de AUTORES del artículo 28. b) del Código Penal. Concorre la atenuante cualificada de reparación del daño en los tres acusados, del artículo 21.5 del CP. Interesa se les imponga a los tres acusados las siguientes penas:

a) por el delito contra la Hacienda Pública relativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 2.010, la pena de UN AÑO de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 607.000 €, con responsabilidad personal en caso de impago de un mes y la pérdida del derecho a obtener incentivos o ayudas fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años.

b) por el delito contra la Hacienda Pública relativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 2.011, la pena de SEIS MESES de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 86.000 € con responsabilidad personal en caso de impago de diez días, y la pérdida del derecho a obtener incentivos o ayudas fiscales o de la Seguridad Social durante un año.

c) por el delito contra la Hacienda Pública relativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 2012, la pena de UN AÑO de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.260.000 euros, con responsabilidad personal en caso de impago de dos meses y la pérdida del derecho a obtener incentivos o ayudas fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años por cada uno de ellos. Costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil los acusados, conjunta y solidariamente, indemnizarán a la AEAT en la cantidad de 606. 876, 10 euros en el ejercicio 2.010, en 170.012 euros en el ejercicio 2.011 y en 1.255.957, 32 euros en 2.012, más los intereses legales tributarios previstos en el artículo 26 de la Ley General Tributaria computados desde la fecha en que debió efectuarse el ingreso y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad KARDZALI

COMERCIO SERVICIOS DE CONSULTORIA E INVESTIMENTOS LDA, de conformidad con lo establecido en el artículo 120.4 del Código Penal.

Tercero.

El Abogado del Estado, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó definitivamente los hechos como constitutivos de:

-Un delito contra la Hacienda Pública del art. 305 del Código Penal por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del año 2011,

- y de dos delitos contra la Hacienda Pública del art. 305 bis.1.c) del Código Penal, según la redacción dada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del año 2010 y el 2012 (se aplica retroactivamente al ejercicio 2010 por ser más favorable a los acusados que la redacción vigente al tiempo de los hechos en atención a la pena mínima señalada).

De conformidad el artículo 28 del Código Penal, el acusado Lucas es responsable de los delitos anteriores en concepto de autor, y los acusados Luis e Marcial son responsables en concepto de cooperadores necesarios. Aprecio en los tres acusados la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del CP Solicitó se les impusiera a los acusados:

- Por el delito contra la Hacienda Pública del art. 305 del Código Penal correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del año 2011, las penas de UN AÑO de prisión con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa del tanto de la cuota defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante 3 años.

- Por cada uno de los delitos contra la Hacienda Pública del art. 305 bis del Código Penal correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los años 2010 y 2012 procede imponer a los acusados las penas de 2 años de prisión con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa del duplo de la cuota defraudada con responsabilidad personal subsidiaria de ocho meses en caso de impago, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante 4 años.

Igualmente habrán de ser condenados los acusados al pago de las costas procesales, incluidas las de esta acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados quedarán directa y solidariamente obligados a indemnizar a la Hacienda Pública en las cantidades de 606.876,10 euros, 170.012 euros y 1.255.957,32 euros por las cuotas defraudadas. Tales cantidades devengarán intereses desde la finalización del período voluntario y hasta la fecha de la sentencia, intereses que serán los de demoras tributarios del artículo 26 de la Ley 5/2003, de 17 de diciembre. A su vez a las cantidades anteriores habrán de añadirse los intereses de demora previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia y hasta el completo pago.

Cuarto.

La defensa de Lucas solicitó su libre absolución. Subsidiariamente, serían de aplicación la atenuante de reparación del daño, en su modalidad muy cualificada, del artículo 21.5 del Código Penal y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, del artículo 21.6º del CP.

Alternativamente a la circunstancia prevista en el artículo 21.6º, será de aplicación la atenuante analógica a esta última, prevista en el artículo 21.7º del CP.

Quinto.

La defensa del acusado Luis solicitó su libre absolución.

Subsidiariamente, y para el de condena que se apreciara la atenuante del artículo 65.3 del CP, al no concurrir en é la condición de deudor tributario; circunstancia atenuante de reparación del daño, en su modalidad de muy cualificada, del artículo 21.5º del CP y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, del artículo 21.6º del CP. Alternativamente a la circunstancia prevista en el artículo 21.6º, será de aplicación la atenuante analógica a esta última, prevista en el artículo 21.7º del CP.

Sexto.

La defensa del acusado Marcial solicitó la libre absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El abogado del Estado y el Ministerio Fiscal imputan a Lucas -en concepto de autor del artículo 28 del Código Penal- y a Luis e Marcial -en concepto de cooperadores necesarios- la comisión de tres delitos contra la Hacienda Pública relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios de 2.010, 2.011 y 2.012, entendiendo que han defraudado a la Hacienda Pública la cantidad de 606.876,10 euros en el ejercicio 2.010, 170.012 euros en el ejercicio 2.011 y 1.255.957, 32 euros en 2.012.

Sostienen, como fundamento de tal acusación, que, pese a la forma de la que se revistió la operación, la venta de los derechos de imagen por parte de Lucas a la sociedad portuguesa KARDZALI COMERCIO SERVIÇOS DE CONSULTORIA E INVESTIMENTOS LDA no fue real, sino simulada y se formalizó con el único propósito de crear la apariencia de haber cedido los derechos de imagen del jugador para eludir la tributación en España de los rendimientos obtenidos por la explotación de esos mismos derechos de imagen.

Resulta obligado referirnos, con carácter previo, a la errática posición del Ministerio Fiscal en la presente causa; y a algún exceso fácilmente apreciable en el tono de las intervenciones en el acto del juicio oral de las inspectoras de hacienda María Purificación y Adoracion.

En todo caso, abordando ya la cuestión de fondo, hemos de partir de un hecho que resulta indiscutido: el acusado Lucas cedió sus derechos de imagen en los términos que se han reflejado en los hechos probados de esta sentencia.

Las acusaciones y las defensas coinciden sustancialmente en el relato fáctico indicado y -también- en la interpretación que ha de otorgarse a la regulación del régimen especial de imputación de rentas por derechos de imagen establecido en el artículo 92 de la ley de renta -en la redacción aquí aplicable *ratione temporis*-.

Según dicho régimen, en efecto y a tenor de la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2012, las cantidades percibidas por la cesión de los derechos de imagen del deportista se imputan en la base imponible general, siempre que sean superiores al 15 por 100 del total abonado a aquél por la relación laboral y por la cesión de los mencionados derechos.

Como señala dicha sentencia, "los rendimientos del trabajo que la persona física percibe del empleador han de ser inferiores al 85 por 100 de la suma de dichos rendimientos y la cantidad pagada por el empleador a cambio de la explotación de la imagen del cedente (futbolista), con lo cual para que no proceda la imputación es necesario que las rentas satisfechas por rendimientos del trabajo sean iguales o superiores al 85 por 100 del importe total pagado por ambos conceptos (trabajo y derechos de imagen)".

Y, como se afirma también en la expresada resolución, para que el régimen especial sea aplicable "lo único que importa es que el contribuyente mantenga una relación laboral con una entidad y una relación mercantil con otra a la que cede la explotación de su imagen y que el triángulo se cierre contratando la primera sociedad con la segunda la cesión de tales derechos", en el bien entendido de que "es irrelevante cuál sea el porcentaje de participación en la sociedad, el objeto de tal sociedad cesionaria, la composición de sus ingresos o de su accionariado, el lugar de su establecimiento e incluso que sea o no transparente".

En definitiva, y por seguir reiterando aquella doctrina jurisprudencial, "dándose el triángulo, la única circunstancia que impide la imputación es que lo pagado por la entidad titular de la relación laboral --es decir, el Club deportivo-- a la primera cesionaria de los derechos de imagen por la cesión de éstos no supere el 15 por 100

de la cantidad resultante de acumular ese pago al que efectúa directamente a la persona física por sus servicios profesionales", toda vez que "para que el régimen resulte aplicable a un contribuyente por el IRPF han de concurrir las tres circunstancias siguientes: a) que dicho contribuyente tenga cedido el derecho a la explotación de su imagen, o haya consentido o autorizado su utilización, a otra persona o entidad, residente o no residente; b) que dicho contribuyente preste sus servicios a una persona o entidad en el ámbito de una relación laboral; c) que la persona o entidad empleadora o una entidad vinculada a ella haya obtenido la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de la imagen del contribuyente".

La discrepancia entre las partes no versa, como se ha dicho, sobre el factum descrito, ni sobre lo que la normativa de naturaleza tributaria establece. La discusión se sitúa en otro terreno bien distinto: el de la realidad de la cesión a la sociedad portuguesa de aquellos derechos por cuanto, según el fiscal y el representante de la Administración del Estado, aquella cesión es puramente ficticia, simulada, construida exclusivamente para dar apariencia de realidad y de conformidad con el ordenamiento jurídico a una conducta que no tenía otro designio que el de eludir el pago de los tributos correspondientes, utilizando una norma (el artículo 92 de la ley de renta) que solo podía estar prevista para cesiones reales, no ficticias o simuladas como es la que, a juicio de las acusaciones, acontece en autos.

Segundo.

Dice el artículo 16 de la Ley General Tributaria que en los actos o negocios en los que exista simulación - como aquí ocurriría, según el fiscal y la abogada del Estado, con la cesión de los derechos de imagen del jugador profesional acusado- "el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes".

Aunque nos hallamos -ahora- en un ámbito jurídico público, la simulación es una figura surgida en el Derecho Civil y perfilada por la jurisprudencia de ese orden jurisdiccional y por la doctrina científica, que han creado un cuerpo doctrinal completo en relación con su concepto, las dos formas en que puede presentarse (absoluta y relativa) y las consecuencias jurídicas que deben anudarse a la misma.

La figura, en efecto, está relacionada con la causa de los negocios jurídicos, de forma que -en una primera aproximación- puede afirmarse que hay simulación absoluta cuando los interesados aparentan realizar un contrato que, en realidad, no quieren que tenga vida jurídica alguna y que hay simulación relativa cuando se quiere realmente un negocio jurídico distinto (negocio simulado) del creado externamente por las partes (negocio aparente).

Como tiene señalado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (por todas, sentencia de 11 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación núm. 44/2014), "la simulación no es otra cosa que la apariencia negocial", de manera que "bajo ésta se oculta un caso inexistente (simulación absoluta) o bien otro negocio jurídico distinto (simulación relativa), lo cual es atinente a la causa del negocio: si no la hay, la simulación será absoluta y el aparente negocio será inexistente por falta de causa; si hay una causa encubierta y es lícita, existirá el negocio disimulado, como simulación relativa".

Y concluye el Tribunal Supremo: "en el primer caso, se aplica el artículo 1275 del Código Civil en relación con el apdo. 3 del artículo 1261 del mismo texto legal; y en el segundo, no existirá el negocio simulado, pero sí el disimulado, conforme al artículo 1276 del Código Civil".

Aunque en el ámbito tributario el precepto legal más arriba citado engloba ambas figuras (la simulación absoluta y la relativa), pues, en los dos supuestos, lo que se someterá a tributación es el hecho imponible efectivamente realizado por las partes, no conviene perder de vista que las acusaciones -en el caso de autos- entienden que el negocio jurídico realizado el 1 de agosto de 2009 es, sencillamente, falso, puramente aparente en cuanto efectuado con una única finalidad espuria: eludir la tributación en España de los rendimientos obtenidos por la explotación por el Sr. Lucas de sus derechos de imagen.

Lo primero que ha de efectuar esta sentencia, por tanto, es analizar el negocio supuestamente falso y, en el caso de que apreciáramos la existencia de simulación, extraer la consecuencia legal correspondiente, en el bien entendido de que, de rechazarse la alegada simulación absoluta, el comportamiento sometido a nuestro enjuiciamiento no sería típico, pues estaría amparado en una normativa -el artículo 92 de la ley del IRPF- sobre cuyo alcance e interpretación no solo existe una clara jurisprudencia (citada más arriba), sino que ni siquiera existe controversia entre las partes.

En otras palabras, solo se habrían cometido los tres delitos fiscales que se imputan si la cesión de la explotación de sus derechos de imagen a KARDZALI COMERCIO SERVIÇOS DE CONSULTORIA E

INVESTIMENTOS LDA, efectuada por Lucas en el contrato de 1 de agosto de 2009, debe calificarse como falsa, ficticia, inexistente. Pues, en caso contrario, esto es, si el contrato hubiera estado amparado en una causa verdadera, ésta habría de reputarse lícita a efectos fiscales, pues el artículo 92 de la ley de renta ampararía la ausencia de tributación.

Insistimos: no se suscita controversia entre las partes sobre el alcance y significado de este precepto, ni sobre la concurrencia en el caso de las circunstancias que dicho precepto exige para el caso de que la cesión de derechos fuera real (único extremo -el de la realidad de la cesión- negado por las acusaciones).

En definitiva, no procederá la imputación en sede del impuesto sobre la renta de las personas físicas de Lucas en los períodos controvertidos si se entiende que dicho contribuyente -a través del repetido contrato de 1 de agosto de 2009- cedió realmente el derecho a la explotación de su imagen a otra persona o entidad, residente o no residente (en nuestro caso, KARDZALI COMERCIO SERVIÇOS DE CONSULTORIA E INVESTIMENTOS LDA), pues se cumplen sin género de dudas los restantes requisitos previstos en el artículo 92 de la Ley de Renta, concretamente: (i) presta sus servicios a una persona o entidad en el ámbito de una relación laboral, (ii) esta persona o entidad empleadora ha obtenido la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de la imagen del contribuyente y (iii) las rentas satisfechas por rendimientos del trabajo son iguales o superiores al 85 por 100 del importe total pagado por ambos conceptos (trabajo y derechos de imagen).

Tercero.

Presupuesto lo anterior, las razones por las que las acusaciones sostienen que hay simulación absoluta en la cesión de derechos documentada en el contrato de 1 de agosto de 2009 son, resumidamente, las siguientes:

a) Carece de justificación que se cedan los cuantiosos derechos de imagen derivados del fichaje por el Real Madrid a una sociedad sin infraestructura alguna, a cambio de nada, ya que esa sociedad no puede cumplir el contrato en tanto carecía de facultades, limitándose a seguir las instrucciones de los agentes del investigado.

b) La causa del contrato de cesión no fue otra que la utilización de una sociedad ya constituida bajo un régimen fiscal de exención total de impuestos hasta el año 2012, sociedad que no es de nueva creación, sino que ya había sido constituida mediante un conjunto de actos complejos (adquisición de dos entidades radicadas en las Islas Vírgenes propietarias del 100% del capital social de la sociedad radicada en Madeira, cuyo objeto social era la importación y exportación de cosméticos, con nombramiento de un nuevo administrador con domicilio en Andorra).

c) En cuanto a la participación del acusado Lucas en la negociación de los contratos relativos a la explotación de su imagen, entiende el abogado del estado que intervino personalmente el acusado en su propio nombre; y el Ministerio Fiscal que, con la ayuda de los otros dos acusados, explotó su imagen con las distintas empresas que lo contrataban sin hacer ruseo real de la sociedad KARDZALI, convirtiendo a dicha entidad en un mero instrumento formal de ingresos y pagos que no desarrolló función alguna en la explotación de la imagen del acusado.

d) El que ADIDAS no reaccionara frente al cedente, cuando estaba vigente el contrato de 1 de enero de 2009, mediante el que el futbolista había cedido a ADIDAS sus derechos de imagen, solo se entiende -siempre según las acusaciones- por la carencia de voluntad de transmitir dichos derechos, constituyendo la cesión una mera apariencia.

e) La cesión, además, se efectúa sin garantía alguna en relación con el pago, pues KARDZALI carecía de recursos para poder hacer frente al abono de 5.000.000 de euros; además, este importe fijado por las partes no resulta lógico ni razonable, pues el precio fijado "se quedaba corto" en relación con la previsión de los rendimientos que podría obtener durante la vigencia del contrato, cinco años; se dice, además, que el abono de dicho precio resultaba exigible a la firma del contrato y que, no obstante tal exigibilidad, no se pagó ni en el momento de la cesión, ni se fijó un calendario de pago.

f) La norma en la que se ampara el jugador - el artículo 92 de la Ley 35/2006- no podía aplicarse a los derechos de imagen generados al margen de la relación laboral con el Real Madrid, ingresos que habrían sido de 685.900 euros en 2010, 363.000 en 2011 y 1.034.500 en 2012.

g) La entidad KARDZALI no podía gestionar los derechos de imagen porque no tenía infraestructura y porque esa sociedad fue facilitada por don Marcial, presidente de IGMASA MANAGEMENT, quien suministraba

cargos directivos, domicilio social, gestión administrativa, cumplimiento de obligaciones fiscales legales, libros, gestión bancaria, etc, por lo que lo que se ofertó fue una especie de "testaferro cualificado".

La Sala es consciente de la inhabitual forma de conducirse los acusados -al menos para un contribuyente medio- para intentar reducir al máximo permitido legalmente la tributación, en sede de su impuesto personal, de los ingresos obtenidos por el Sr. Lucas en los ejercicios que analizamos.

Resulta, ciertamente, llamativa la dinámica empleada, consistente en la localización -a través de una suerte de seguidor de sociedades- de una entidad extranjera beneficiaria de un régimen de nula o mínima tributación, la cesión a la misma de los derechos de imagen del jugador profesional y la adquisición -solo unos meses después- por el propio jugador de la totalidad del capital de esa entidad.

En efecto, KARDZALI es una entidad radicada en Madeira (Portugal), que se constituyó antes del año 2001, motivo por el que le era aplicable el Régimen Fiscal Especial de Madeira que le otorgaba una exención total de impuestos hasta el año 2012, año en el que únicamente le sería aplicable un tipo del 4%; y, entre 2013 y 2020, del 5%.

Además, los rendimientos abonados al socio no residente estaban exentos de toda retención en el momento del pago. Su titular era la entidad TANA INVESTMENT COMPANY S.A., domiciliada en la República de Panamá, que a su vez había adquirido las participaciones de KARDZALI el 19 de junio de 2009 a dos entidades domiciliadas en Islas Vírgenes Británicas (BUSINESS COMPANY I SERVICES AND INVESTMENTS LIMITED y BUSTNESS COMPANY II SERVICES AND INVESTMENTS LIMITED).

Por otra parte, su administrador era Marcial desde el 9 de junio de 2009, presidente a su vez de IGMASA MANAGEMENT, entidad especializada en facilitar este tipo de estructuras y que contaba con 23 sociedades, que compartían domicilio y administrador (gestor), el propio Marcial, con diversos objetos sociales.

Pero esa singularidad no debe llevarnos a concluir, indefectiblemente, que la conducta enjuiciada incurra en la responsabilidad penal que se imputa, pues para ello resulta imprescindible calificar el negocio jurídico documentado en el repetido contrato de cesión de 1 de agosto de 2009 como simulado, pues la simulación absoluta -lo hemos señalado in extenso- constituye el presupuesto en el que se asienta la acusación tanto del fiscal como de la abogada del Estado.

Debemos adelantar que no coincidimos con la conclusión de las acusaciones y con el fundamento (la simulación absoluta) en el que se asientan.

Y ello por las siguientes razones:

1. El hecho de que la sociedad portuguesa carezca de una infraestructura (material o humana) más o menos relevante carece de la trascendencia pretendida, no solo porque en estos ámbitos es habitual la subcontratación -como aquí ha sucedido-, sino porque parece que no se requiere un entramado especialmente complejo para gestionar la explotación de la imagen de una persona cuya actividad deportiva le dota de una gran notoriedad.

En el informe pericial emitido por Sergio y Segismundo (folios 226 a 296, pertenecientes a KPMG) se da cumplida cuenta, por ejemplo, de la intervención de compañías intermediarias en la búsqueda y consecución de algunos contratos de sponsors (Centurión Football PTE LTD, Wasserman Group y Grupo M Publicidad Worldwide).

2. Consta documentado en la causa (porque no se propuso su declaración como testigo para el acto del juicio oral) que Lucio, en representación de ADIDAS, asumió con naturalidad que el contrato de 1 de enero de 2009 -suscrito con Lucas, cediendo a la entidad ADIDAS ESPAÑA S.A. el derecho a explotar, con carácter único y exclusivo, y con alcance mundial, sus derechos de imagen- se hubiera modificado como consecuencia del fichaje del jugador por el Real Madrid, circunstancia que el 10 de agosto de 2009 el acusado les comunicó, informándoles de que había cedido la explotación comercial y publicitaria de sus derechos de imagen a KARDZALI y que ésta quedaba subrogada en los derechos y obligaciones del acusado frente a ADIDAS, y, por tanto, podía proceder a facturar a ADIDAS por todos los pagos debidos en virtud del contrato, lo que así hizo efectivamente esta entidad.

El propio abogado del estado recoge en su escrito de calificación que en virtud de dicho contrato, ADIDAS ESPAÑA abonó al acusado, a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI, los siguientes importes:

Y, el REAL MADRID C.F. abonó al acusado, a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI, los siguientes importes, descontada la retención en concepto de IRNR:

Por tanto, la subrogación fue real, así como los pagos efectuados a KARDZALI, además de cuantificables y debidamente reflejados en su contabilidad.

3. En relación con la participación del acusado Lucas en la negociación de los contratos relativos a la explotación de su imagen, no ha resultado probada dicha participación, más allá de extender la firma en los correspondientes contratos o en la prestación de su consentimiento -también mediante su firma- para la realización de lo que constituía el objeto en cada uno de ellos.

Lucas manifestó en el acto del juicio oral que los contratos que suscribió durante los años 2010, 2011 y 2012 le llegaban a través del Real Madrid, concretamente a través del Sr Luis, y que él se limitaba a dar el consentimiento a lo que debía hacer en base a los mismos, de manera que en la búsqueda de los contratos o en la negociación de sus condiciones nunca participaba.

Es sorprendente que no hayan sido propuestos por las partes para el acto del juicio oral -en especial por la acusación, sobre quien pesa la carga de la prueba- determinados testigos, pues podrían haber aportado luz a aquella afirmación sostenida por las acusaciones, que no compartimos en absoluto. Porque, pese a no poder ser valorado como prueba testifical consta documentado en la causa que Rosendo, dijo que desconocía si Lucas se implicaba de manera personal en la negociación de los contratos relativos a la explotación de su imagen; pero que los jugadores de ese nivel no suelen estar involucrados en las negociaciones, que suelen tener una estructura que trabaja para ellos en ese sentido.

4. En relación con el contrato de 11 de noviembre de 2011, por el cual el jugador cedió el derecho a utilizar su imagen, voz, nombre, apellido y la firma, a ANGULA AGUINAGA SAU, incluyendo la participación en la campaña publicitaria de uno o varios productos de la marca "Angulas Aguinaga", "La Gula del Norte" y "Krissia", a cambio de abonar a KARDZALI la cantidad de 100.000 euros, consta documentado que Teofilo dijo que la negociación la realizó el departamento de marketing y no se tuvo ningún contacto con el jugador.

Lucio diho que en las negociaciones comerciales en las que él intervino, el jugador estaba representado por Cipriano y que su abogado Luis, junto al departamento legal de ADIDAS, participaban en las negociaciones.

Onesimo, Director General del Real Madrid y que participó en las negociaciones para su fichaje por el club -único testigo propuesto para el acto del juicio oral y que declaró en el mismo-, dijo que cualquier negociación relativa al jugador era llevada por su representante, Cipriano, y que en los últimos momentos pudo haberse incorporado su abogado Luis.

Aportó al proceso (obra unido a los folios 109 a 111 de la causa), relación de las personas que junto al Real Madrid habían intervenido en la negociación de los contratos suscritos con terceros para la cesión de la imagen de Lucas, en los contratos negociados con THAI YAMAHA MOTOR CO LTD, DUA KELENCI, EL CORTE INGLES, S.A., ANGULAS AGUINAGA SAU, PROCTER & GAMBLE INTERNATIONAL OPERATIONS/HUGO BOSS, ELECTRONIC ARTS SOFTWARE S.L, DTS Y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA/GILLETTE y señaló que en esas negociaciones no hubo participación directa del jugador en ningún caso, sino que actuó BEST OF YOU - en la persona de Alfredo- e Cipriano.

Cipriano -folios 114 y siguientes- expuso que la empresa BEST OF YOU, desde la incorporación al Real Madrid del jugador y ante el incremento del valor de su imagen, fue quien se encargó de gestionar todo lo relativo a sus derechos de imagen.

5. Ninguna duda cabe de que KARDZALI era la entidad que emitía las facturas y la que cobraba las mismas.

A lo expuesto ya en relación con ADIDAS y el Real Madrid, añadiremos que figuran, por ejemplo, en los folios 101 y siguientes, los abonos derivados del contrato de 27 de abril de 2010, mediante el cual cedió el jugador profesional el derecho a utilizar la imagen, voz, nombre y apellidos a DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U., quedando obligado a ponerse a disposición de DTS para rodar un anuncio de televisión y realizar una sesión de fotos a cambio de abonar a KARDZALI la cantidad de 20.000 euros a la firma del contrato.

En virtud dicho contrato, la entidad DTS abonó al acusado a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI los siguientes importes, descontada la retención en concepto de IRNR, recogidos expresamente por el Abogado del Estado en su escrito de acusación:

Fueron aportadas dichas facturas durante la instrucción de la causa por Eliseo.

Declaró en aquella fase y se refleja documentalmente, Fidel; y, en relación con el contrato de 3 de agosto de 2012, en virtud del cual se cedió el derecho a utilizar la imagen, voz, nombre y apellidos y la firma del jugador a EL CORTE INGLÉS S.A., incluyendo la participación en la campaña publicitaria de "Emidio Tucci", a cambio de abonar a KARDZALI la cantidad de 175.000 euros (en dos pagos iguales a realizar a la firma del contrato y en julio de 2013), que la entidad EL CORTE INGLÉS S.A. abonó al acusado a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI, los siguientes importes, descontada la retención en concepto de IRNR, recogidos en el escrito de calificación del abogado del estado:

Como consecuencia del contrato de 28 de septiembre de 2011, cedió el derecho a la explotación de la imagen del jugador a la entidad PROCTER & GAMBLE INTERNATIONAL, con participación personal del jugador en la campaña de las fragancias "Boss Bottled", "Boss Bottled Sport" y "Boss Bottled Night", a cambio de abonar a KARDZALI la cantidad de 75.000 euros. Y la entidad PROCTER&GAMBLE INTERNATIONAL abonó al acusado, a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI, los siguientes importes:

Mediante contrato de 25 de abril de 2012, cedió el derecho a la explotación de la imagen del jugador a la entidad DUA KELINCI incluyendo la participación del jugador en la campaña publicitaria de productos de la marca, a cambio de abonar a KARDZALI la cantidad de 1 50000 euros, siendo así que la entidad DUA LINCI abonó al acusado, a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI, los siguientes importes:

Mediante contrato de 1 de septiembre de 2012, cedió el derecho a la explotación de la imagen del jugador a THAI YAMAHA MOTOR CO LTD con participación del jugador en la campaña publicitaria de productos de la marca, a cambio de abonar a KARDZALI la cantidad de 110.000 euros (en dos pagos, uno de 35.000 euros a la firma del contrato y 75.000 euros en enero de 2013), que la entidad THAI YAMAHA abonó al acusado a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI con los siguientes importes:

La entidad WGIVÍ MANAGEMENT EUROPE LIMITED abonó al acusado a través de las facturas emitidas por la entidad KARDZALI, por la cesión de su derecho de imagen y su participación en la campaña publicitaria de "Hugo Boss", los siguientes importes:

6. Sobre las evidencias recopiladas (contrato de trabajo del jugador profesional de 5 de agosto de 2009, adenda a este de 14 de diciembre de 2011, contrato de cesión para la explotación de los derechos de imagen de 5 de agosto de 2009, adenda de 14 de diciembre de 2011, cuentas anuales de KARDZALI relativas a los ejercicios 2009 a 2012, los registros contables individualizados de las operaciones anuales y pagos realizados por el Real Madrid C.F. a KARDZALI, contratos suscritos entre KARDZALI y diversos Sponsors para la explotación de la imagen de Lucas, informes trimestrales y cuentas anuales preparadas por IGMASA, Mayores de las cuentas, asientos y registros contables, extractos bancarios de BANIF y de Credit Agricole), se emitió informe pericial por Sergio y Segismundo (folios 226 a 296, pertenecientes a KPMG), que fue ratificado en el acto del juicio oral por aquellos que lo emitieron.

Afirman los peritos que KARDZALI, a partir del contrato de cesión (que se tilda por las acusaciones de absolutamente simulado), ha tenido un incremento significativo del volumen de negocio (representativo de los contratos gestionados por la sociedad), proveniente de la cesión de los derechos de imagen de los que era titular, lo que le permitió maximizar el activo y llevar a cabo alternativas de inversión en el normal desarrollo de su actividad.

En concreto, según se dice en el informe, KARDZALI ha invertido en participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva (IIC), en fondos de inversión de renta variable a través de la entidad Credit Agricole, en la SICAV II Lux Aberdeen Money Market, en ING (L) INVEST EUROPE, Fondos de Inversión de Obligaciones, Fondos de Inversión Diversificados, etc.

En el cuadro 12 del informe se indica la evolución de las cifras de ingresos y partidas de Balance de Kardzali. El cuadro 13 recoge el balance de situación de la sociedad en el periodo de 2009 a 2012 y en el mismo, en la partida de "Inmovilizado Intangible", se recoge el derecho a tal explotación por importe de 5.000.000 de euros, cuya contrapartida en el pasivo - "Deudas a largo plazo"- es la deuda que KARDZALI tiene con el futbolista

profesional, que fue liquidando progresivamente (se reflejan los pagos por tal concepto en el cuadro 22 del informe pericial en el periodo comprendido entre el 05-03-10 y el 11-06-13).

En el cuadro 17 aparecen los gastos de explotación para el normal desarrollo del negocio (bufete de abogados "Laffer" de IGMASA, comisiones bancarias, amortizaciones de los derechos de explotación, tasas e impuestos).

Recopilaron los peritos citados comunicaciones recurrentes de la sociedad con organismos públicos portugueses (con el Banco de Portugal, autoridad tributaria portuguesa, Declaración de Remuneraciones acerca de los pagos efectuados por la sociedad a la Seguridad Social Portuguesa).

En el cuadro 19 reflejan los peritos las facturas -año fiscal, fecha, cliente, base imponible- emitidas por la sociedad KARDZALI en el periodo comprendido entre 2009 y a 2012, y en esas facturas figuran como clientes los sponsor referidos anteriormente.

Y en el cuadro 20 aparecen las facturas recibidas por KAZARDI en el mismo periodo (año fiscal, proveedor, fecha y base imponible), figurando como proveedores, entre otros, Laffer Abogados, Real Madrid Gestión de Derechos S.L., Sociedad de Desenvolvemento de Madeira, Octagon Esedos SL e IGMASA -empresa del acusado Marcial-

7. El precio fijado -5.000.000 de euros- en el contrato de 1 de agosto de 2009 por "la cesión en exclusiva al Cesionario de todos los derechos de explotación de la imagen, la voz y el nombre del Cedente con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga"- no fue arbitrario o caprichoso, sino que se basó en el informe emitido por "Cuatrecasas" en fecha 1 de agosto de 2009, que tuvo en cuenta para la valoración la propuesta de contrato para el Real Madrid y el contrato ya existente y vigente del deportista con ADIDAS.

Y los peritos Sergio y Segismundo consideran tal valoración acorde con los precios de mercado.

No deja de resultar contradictorio que las acusaciones consideren dicha valoración inferior a las expectativas derivadas de su contratación por el Real Madrid y que, a su vez, entiendan carente de garantías el contrato de 1 de agosto de 2010 cuando la sociedad KADZALI iba a nutrirse, precisamente, de la explotación de la imagen del futbolista profesional desde que diera inicio a su carrera en el Real Madrid, como ocurrió el 5 de agosto del mismo año.

Es por todos admitido, por otra parte, que la proyección del jugador desde su fichaje por el Real Madrid iba a ser, como resultó, exponencial, circunstancia notoria entonces y constatada después de dicho fichaje y durante los años en los que permaneció vinculado al club.

8. Lucas ha presentado las correspondientes declaraciones por el Impuesto sobre el Patrimonio (folios 150 y siguientes), en los que hizo constar la deuda que KARDZALI mantenía con él por la cesión de derechos de imagen mediante el contrato firmado el 1 de agosto de 2009, así como los importes que le eran abundos en cada ejercicio por dicha sociedad en tal concepto (288.305,47 euros en 2011, 2.278.983,69 euros en 2012, según certificaciones emitidas por Marcial).

Consta, asimismo, declaración sobre bienes y derechos situados en el extranjero, con referencia, entre otras, a KARDZALI-SOCIEDADE UNIPERSSOAL LDA (folios 162 y siguientes).

9. Cuando Lucas adquirió el 16-12-09 el 100 % de las participaciones sociales de KARDZALI no hizo más que garantizar el cobro del crédito que ostentaba frente a tal sociedad por la cesión de la explotación de sus derechos de imagen.

10. La prestación de servicios de Marcial a Lucas se documentó a través del contrato firmado entre ambos el 27 de agosto de 2009 (folios 206 a 212).

La realidad de de la relación contractual así documentada no solo es admitida por los contratantes, también por Luis, y por aquellos con quien firmó contratos para la explotación de la imagen de Lucas. Y al folio 265 de la causa -33 del informe pericial de KPMG-, se refleja, en el cuadro 20, la relación de facturas recibidas por Kardzali, entre las que se encuentran las de IGMASA, precisamente por los trabajos realizados para la sociedad cuestionada en virtud de esa relación contractual, en concepto de honorarios por la administración de Kardzali. Así, facturas de 20-07-09, por importe de 16.000,00 euros; de 20-07-09, por importe de 4.180, 00 euros; de 04-01-10, por importe de 4.775,00 euros; de 01-07- 10, por importe de 4.587,50 euros; 03-1-11, por importe de 4.770,10 euros; 01-07-11, por importe de 4.769,60 euros; de 30-12-11, por importe de 5.200,54 euros; de 02-01-12, por importe de 2.250,35 euros; 01-07-12, por importe de 2.664,37 euros y de 01-07-12, por importe de 3.420,60 euros.

Y la actividad efectuada por el Sr. Marcial fue también, efectivamente, proporcionar al jugador una entidad preexistente -sometida a un régimen legal de escasa tributación- a la que ceder la gestión de sus derechos de

imagen. Lo admitió sin reparos en el acto del juicio oral el acusado Marcial quien relató que trabajaba con Cuatrecasas y en el mes de julio le explican la situación del jugador y le piden que hable con su abogado, Luis quien le preguntó si había alguna sociedad, habiendo adquiriendo en junio KARDZALI, Se trataba de una entidad radicada en Madeira (Portugal), constituida antes del año 2001, por lo cual le era aplicable el Régimen Fiscal Especial de Madeira que le otorgaba una exención total de impuestos hasta el año 2012; en el año 2012, únicamente le sería aplicable un tipo del 4%; y, entre 2013 y 2020 del 5%; régimen aprobado por la Unión Europea. Además, los rendimientos abonados al socio no residente estaban exentos de toda retención en el momento del pago. Él era el administrador desde el 9 de junio de 2009 y compartía domicilio con otras 23 sociedades mas, siendo también administrador de muchas de ellas. Sus funciones en KARDZALI eran de administrador y, salvo algún poder otorgado puntualmente, nunca delegó sus funciones, tampoco delegó su firma en Luis. El pagaba a Lucas conforme a sus peticiones y la liquidez de la sociedad, porque desde el 1 de agosto de 2009 pasó a ser dueño del 100% de la misma. A los folios 155 y 161 constan dos certificaciones emitidas por Marcial, Gerente de la mercantil KARDZALI, relativas al pago parcial de la deuda que ostentaba con Lucas por el contrato de cesión de derechos, por importes de 288.305.47 euros en 2011 y 2.278.983,69 euros en 2012. Conforme establece la propia Agencia Tributaria (folio 32 vuelto), a fecha 15- 01-14 la deuda generada como consecuencia de la cesión de los derechos de imagen del jugador había sido integrante satisfecha por KARDZALI. Existía un exceso de 900.352,54 euros, derivado de dos pagos ordenados por error por Lucas a KARDZALI, posteriormente corregidos.

Resulta irrelevante, a los efectos que nos ocupan, esta última circunstancia (el acto de localización de esta empresa para efectuar con ella la gestión), pues lo verdaderamente importante -a tenor del camino que han seguido las acusaciones- no es la clase de sociedad a la que se ceden los derechos, ni el régimen fiscal derivado de su localización, ni los propietarios de la misma. Lo esencial es determinar si, ante la supuesta falta de infraestructura de KARDZALI-SOCIEDADE UNIPERSSOAL LDA, tal sociedad constituía un puro instrumento formal de ingresos y pagos, que no desarrolló función alguna en la explotación de la imagen del acusado y que solo fue empleada para eludir el pago de los tributos debidos porque, en definitiva, era falsa la cesión de los derechos de imagen.

Y los datos expresados anteriormente ponen de manifiesto no solo que KARDZALI-SOCIEDADE UNIPERSSOAL LDA fue la cesionaria de los derechos de imagen del jugador, sino que realizó una activa intervención en la explotación de esos derechos. No sólo expidió y cobró las facturas a las que se ha hecho más arriba referencia, sino que -a tenor de la prueba pericial practicada- experimentó un incremento significativo de su volumen de negocio precisamente por la titularidad de la explotación de aquellos derechos, ha tenido que efectuar relevantes gastos de explotación para el normal desarrollo del negocio y gestionar determinados extremos de la actividad con las autoridades portuguesas.

Si a ello añadimos que el precio fijado en el contrato refleja el valor de mercado de una operación de esa naturaleza, que constan en autos diversos contratos suscritos entre KARDZALI y diversos Sponsors para la explotación de la imagen de Lucas, y que los representantes de las entidades beneficiarias de ciertos contratos efectuados con el jugador han afirmado que abonaban los importes correspondientes a KARDZALI, que emitía las facturas pertinentes, forzoso será concluir que no puede hablarse de simulación absoluta en el contrato de 1 de agosto de 2009 y que la cesión de derechos no sólo se formalizó en el negocio jurídico de esa fecha, sino que respondió a la realidad, lo que se ha constatado a través de los actos posteriores de los que se infiere una efectiva actividad de explotación enderezada a dar cumplimiento al objeto del contrato.

Y si ello es así, resultaba procedente -en cuanto ajustado al régimen fiscal vigente- no someter a tributación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas del jugador los rendimientos por éste obtenidos como consecuencia de la cesión, pues se cumplen todos los requisitos que dicho régimen fiscal (constituido por el artículo 92 de la Ley de Renta) establece, concretamente:

a) La cesión (real y efectiva, como se sigue de los razonamientos expuestos) del derecho a la explotación de la imagen de Lucas a una entidad no residente, que los explotó en los términos vistos.

b) La relación laboral entre dicho jugador y una entidad deportiva (en nuestro caso y durante los períodos controvertidos, el Real Madrid, CF), que ha obtenido la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de la imagen.

c) La cuantía de las rentas satisfechas por rendimientos del trabajo, que son superiores al 85 por 100 del importe total pagado por ambos conceptos (trabajo y derechos de imagen).

Cuarto.

Por tanto, los hechos no son constitutivos de los delitos contra la Hacienda Pública imputados, por lo que procede la absolución de los acusados por tales ilícitos, con declaración de oficio de las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal.

FALLO

ABSOLVEMOS a los acusados Lucas, Luis e Marcial de los delitos contra la Hacienda Pública que se les imputan, declarando de oficio las costas de esta instancia.

Déjense sin efecto cuantas medidas cautelares se hayan adoptado.

Esta Sentencia es recurrible en Apelación (ex artículo 846 Ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante escrito, autorizado con firma de letrado, presentado en la Secretaría de esta Sala, en el término de diez días.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.