RECURSO CASACION núm.: 1206/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 277/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

En Madrid, a 8 de junio de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados en el rollo nº 1206/2017 por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional y de ley, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL,** los acusados **D. IGNACIO URDANGARIN,** representado por el procurador Sr. D. Pablo Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de D. Mario Pascual Vives; **D. DIEGO TORRES PÉREZ,** junto con los terceros responsables civiles **VIRTUAL STRATEGIES SL., NÒOS CONSULTORÍA ESTRATÉGICA SL, FUNDACIÓN DEPORTE, CULTURA E INTEGRACIÓN SOCIAL, SHIRIAIMASU SL, INTUIT STRATEGY INNOVATIÓN LAB SL** y **ANA MARIA TEJEIRO-LOSADA** representados por el procurador Sr. D. Marcos Juan Calleja García y bajo la dirección letrada de D. Manuel González Peeters; **D. JAUME MATAS** representado por la procuradora Sra. D.ª Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles y bajo la dirección letrada de D. Iñigo Ortiz de Urbina; la **ABOGACÍA DEL**

ESTADO representada por D.ª Lucia Pedreño; la **ABOGACÍA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES** representada por la letrada D.ª María de los Ángeles Berrocal Vela**;** la **ABOGACÍA DE LA GENERALIDAD DE VALENCIA** (actor civil) representada ésta por la procuradora Sra. Rosa Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Cervera Tortosa; y la acusación popular, ejercida por el **SINDICATO MANOS LIMPIAS** representado por la procuradora Sra. Dª. Pilar Hernández Simón y bajo la dirección letrada de D. José María Bueno Manzanares y D.ª Miriam Orgiles Romero, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha 17 de febrero de 2016, y recaída en las Diligencias Previas 3667/2008, (Pieza Separada nº 25), del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Palma de Mallorca, seguidas por delitos de prevaricación; de fraude a la administración; falsedad en documento público por funcionario; falsedad en documento mercantil; malversación de caudales; estafa; delitos contra la hacienda pública, y blanqueo de capitales; son partes recurridas **D. Luis Lobón Martín** representado por la procuradora Dª. Rosario Sánchez Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Vicente Grima Lizandra; **D. Jorge Vela Bargues** representado por la procuradora Sra. María José Andreu Mulet y bajo la dirección letrada de D. Antonio Reyes López; **Asociación Instituto Nòos de investigación Aplicada, Diego Torres Pérez; Ana María Tejeiro Losada; Virtual Strategies S.L.; Nòos Consultoría Estratégica S.L., Fundación Deporte, Cultura e Integración Social Shiriaimasu SL.; e Intuit Strategy Innovation Lab S.L.** representados por el procurador D. Marcos Juan Calleja García y bajo la dirección letrada de D. Manuel González Peeters; **D. Ignacio Urdangarin Liebaert** representado por el procurador D. Pablo Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de D. Mario Pascual Vives; **D. Marco Antonio Teijeiro Losada** representado por la procuradora D.ª Dolores Martín Canton y bajo la dirección letrada de D. Daniel Pérez-Esquè Sansano; **D. José Manuel Aguilar Colas** representado por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D.ª Josefa Rosello Montserrat; **D.ª Elisa Maldonado Garrido** representada por la procuradora D.ª Esperanza Martín Pulido y bajo la dirección letrada de D.ª Luisa Gurillo Gago; **Dª. Mercedes Coghen Alberdingk-Rhijm** representada por el procurador D. Antonio Álvarez Buylla Balleseros y bajo la dirección letrada de D. Javier Ortega López-Bago; **D. José Luis Ballester Tuliesa**

representado por el procurador D. Pablo Oterino Menéndez y bajo la dirección letrada de D. Ángel Aragón Saugar; **D. Gonzalo Bernal García** representado por el procurador D. Julián Caballero Aguado y bajo la dirección letrada de D. Gaspar Oliver Servera; **D. Juan Carlos Alia Pino** representado por el procurador D. Javier Cereceda Fernández Oruña y bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Herrero Cereceda; **D. Miguel Ángel Bonet Fiol** representado por el procurador D. Julián Caballero Aguado y bajo la dirección letrada de D. Gaspar Oliver Servera; y **D.ª Cristina Federica de Borbón y Grecia** representada por la procuradora María Magina Borras Sansaloni y bajo la dirección letrada de D. P. Molins Amat.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas con el nº 2677/2008 por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude a la administración, falsedad en documento público, falsedad en documento mercantil, estafa, tráfico de influencias, contra la hacienda pública y blanqueo de capitales contra D. Ignacio Urdangarín Liebaert; D. Diego Torres Pérez; D. Jaume Matas Palou; D. José Luis Ballester Tuliesa; D. Gonzalo Bernal García; D. Juan Carlos Alía Pino; D. Miguel Ángel Bonet Fiol; D. Marco Antonio Tejeiro Losada; D. Miguel Tejeiro Losada; D. Jorge Vela Bargués; Dª. Elisa Maldonado Garrido; D. José Manuel Aguilar Colás; D. Luis Lobón Martín; Dª. Mercedes Coghen Alberdingk-Thijm; Dª. Ana María Tejeiro Losada; D. Alfonso Grau Alonso; D. Salvador Trinxet Llorca; Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia; Una vez conclusas las remitió a la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Primera) que con fecha 17 de febrero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

"Se declara probado que D. Ignacio Urdangarín Liebaert y D. Diego Torres Pérez constituyeron un entramado societario agrupado bajo la denominación común “Nóos”, integrado por las siguientes mercantiles:

Nóos Consultoría Estratégica, S.L. (en adelante NCE), con CIF B-62704887, dicha mercantil sucedió a la inicialmente constituida en fecha 29 de Octubre de 2001, bajo la denominación Araujuzón, S.L., por D. Carlos Medina Morales, como administrador único, y Dña. Esperanza Ribera Periñá, con un capital social de 3.006 €, aportado al 50% por cada uno de los socios constituyentes, cuyo objeto social venía constituido por el arrendamiento de bienes inmuebles. Dicha sucesión tiene lugar cuando en fecha 23 de Enero de 2003, D. Carlos Medina Morales dimite como administrador de la mercantil ocupando su lugar D. Diego Torres Pérez, siendo nombrado presidente de la Junta, D. Ignacio Urdangarín Liebaert, quien permanecería como partícipe al 50% de la precitada mercantil junto con Diego Torres Pérez hasta el día 20 de marzo de 2006, fecha en la que D. Ignacio Urdangarín transmite la titularidad del 50% de sus participaciones a Dña. Ana María Tejeiro Losada. La constitución de NCE, S.L vino acompañada de una ampliación de su objeto social que vendría constituido por la consultoría y asesoramiento en gestión de empresas relacionado con la realización de planes estratégicos, planes comerciales y dirección de proyectos y, por la compraventa y arrendamiento de inmuebles.

Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada constituida en fecha 5 de Abril de 1999, con un patrimonio fundacional de 100.000 pesetas, como entidad sin ánimo de lucro cuya misión era la de realizar investigaciones sobre el papel de la inteligencia de mercado en la competitividad de las empresas así como servir de punto de encuentro a los profesionales de esta disciplina, promoviendo al mismo tiempo la difusión de las investigaciones realizadas a través de cursos, conferencias, seminarios y publicaciones, figurando como socios fundadores D. Xavier Agulló, Dña. Ana María Tejeiro Losada y D. Marco Antonio Tejeiro Losada. Hasta que en fecha 23 de Septiembre de 2003 se nombra una nueva junta directiva en la que figura D. Ignacio Urdangarín Liebaert, como presidente (cargo que ostentaría hasta su cese formal en fecha 20 de marzo de 2006); D. Diego Torres Pérez, como Vicepresidente, si bien a partir del 20 de marzo de 2006, con ocasión del cese formal de D. Ignacio Urdangarín Liebaert, pasaría a ocupar el cargo de Presidente; D. Miguel Tejeiro Losada, como Secretario; D. Carlos García Revenga, como Tesorero y, finalmente, SAR Infanta Dña. Cristina de Borbón y Grecia, como vocal, cesando ambos en sus cargos posteriormente, siendo ocupado el cargo de tesorero por D. Pedro Parada Valderrama.

Aizoon, S.L, con CIF B-63097695, constituida en fecha 11 de Febrero de 2003 por D. Ignacio Urdangarín Liebaert y Dña. Cristina de Borbón y Grecia, con un capital social de 3.006 €, aportado al 50% por ambos socios constituyentes, figurando como administrador único de la mercantil D. Ignacio Urdangarín Liebaert y, cuyo objeto social venía constituido por el servicio de consultoría y asesoramiento en la gestión de empresas, centrado en la realización de planes estratégicos, planes comerciales y dirección de proyectos y, en la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles.

Virtual Strategies, S.L, con CIF B-61569810, denominación social adoptada en el año 2001, anteriormente denominada Virtual Research Institute, S.L, constituida por D. Diego Torres Pérez y Dña. Ana María Tejeiro Losada en fecha 28 de Enero de 1998, quienes además ocuparían el cargo de administradores solidarios, con un capital social de 500.000

pesetas, cuyo objeto social es la consultoría de empresas y personas y la investigación de mercados.

Shiriaimasu, S.L, con CIF B- 62092589, constituida en fecha 9 de noviembre de 1999 por D. Carlos Medina Morales, quien además ostentaba el cargo de administrador único, con un capital social de 500.000 pesetas, cuyo objeto social venía constituido por el arrendamiento de bienes inmuebles. En fecha 22 de noviembre de 2000, D. Carlos Medina Morales dimite de su cargo ocupando el cargo de administradores solidarios D. Diego Torres Pérez y Dña. Ana María Tejeiro Losada, siendo ampliado el objeto social a la investigación de mercados y al arrendamiento de embarcaciones náuticas y deportivas.

Intuit Innovation LAB, S.L, con CIF B-62735790 (anteriormente denominada Torres Tejeiro Consultoría Estratégica, S.L). Dicha mercantil adopta tal denominación social en el año 2007, siendo la inicial denominación Torres Tejeiro Consultoría Estratégica, S.L, constituida en fecha 23 de noviembre de 2001, con un capital social de 3.006 €, siendo socios constituyentes y administradores solidarios, D. Diego Torres Pérez y Dña. Ana María Tejeiro Losada y, su objeto social el servicio de consultoría y asesoramiento en la gestión de empresas, centrado en la realización de planes estratégicos, planes comerciales y dirección de proyectos.

Posteriormente, incorporan las dos mercantiles que, a continuación, se detallarán y, constituyen la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social:

DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT, S.L fue constituida en fecha 14 de marzo de 2006, al 50% por D. Ramón Cerdà Sanjuan y la mercantil REDBOX NEGOCIOS, S.L, bajo la denominación social NOVOSFERA ASOCIADOS 21, S.L, con domicilio social en la calle León Felipe de Coslada, ocupando el cargo de administrador D. Ramón Cerdà Sanjuan. Posteriormente, en fecha 9 de mayo de 2006, traslada su domicilio a Ontinyent y, mediante escritura de fecha 1 de Junio de 2006 DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT, LTD, de nacionalidad británica, adquiere de D. Ramón Cerdà Sanjuan y de REDBOX NEGOCIOS, S.L, la totalidad de las participaciones menos una, la participación 3.006, adquirida ese mismo día por D. Mario Sorribas Fierro. Con fecha 14 de Julio de 2006 cambia su denominación a la actual, ocupando el cargo de administrador D. Mario Sorribas Fierro desde el 1 de Agosto de 2006, siendo su objeto social el asesoramiento de empresas e instituciones en lo relativo a la gestión de grupos de interés, concretamente la formulación de estrategia y la realización de investigaciones de mercado y estudios de opinión. Con fecha 29 de diciembre de 2006 traslada su domicilio social a la calle Muntaner 356, 2º-2ª de Barcelona, figurando como representante de la citada mercantil en los ejercicios 2009 y 2010 Dña. Ana María Tejeiro Losada.

El 13 de Enero de 2010, D. Mario Sorribas Fierro, propietario de la participación de la mercantil DE GOES CENTER FOR STAKEHOLKDER MANAGEMENT, S.L, identificada con el número 3.006, otorga poder especial en favor de D. Salvador Trinxet Llorca quien, al día siguiente, actuando de una parte como apoderado de la mercantil DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT, LTD, en virtud de apoderamiento conferido en fecha 21 de diciembre de 2009 por D. Gustavo Alberto Newton Herrera, en su calidad de administrador de la mercantil CORPORATE DIRECTOR SERVICES, LTD, a su vez

administradora de DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDERS MANAGEMENT LTD y, por otra, como apoderado de D. Mario Sorribas Fierro, vende a D. Diego Torres Pérez en su calidad de Director General de la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social, la totalidad de las participaciones de la mercantil DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT, SL. Seguidamente, el 19 de enero de 2010, D. Diego Torres Pérez, en la misma calidad de Director General de Fundación Deporte, Cultura e Integración Social, vende la única participación de DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT, SL, adquirida a D. Mario Sorribas Fierro (la identificada con el número 3.006), a su esposa, Dña. Ana María Tejeiro Losada.

DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT, LTD fue constituida en Inglaterra y Gales, con número de inscripción en el Registro de Comercio 5737892 y, domicilio social en Dalton House, 60 Windsor Avenue, Londres. El administrador de esta sociedad es la mercantil CORPORATE DIRECTORS SERVICES, LTD, a su vez administrada por D. Gustavo Alberto Newton Herrera.

FUNDACIÓN DEPORTE, CULTURA E INTEGRACIÓN SOCIAL, fue constituida a finales de 2006, e inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Educación y Ciencia con el número 953, ostentando formalmente D. Javier Nieto Sansa el cargo de presidente y D. Ramón Bergós Civit el cargo de Secretario no patrono. Posteriormente, en fecha 12 de abril de 2007, se crea el Consejo Asesor de Deportistas del que D. Diego Torres Pérez fue nombrado Director General y, Presidente, desde octubre de 2008 hasta el 29 de junio de 2009, D. Ignacio Urdangarín Liebaert. En fecha 10 de Febrero de 2009 renuncia a su cargo D. Javier Nieto Sansa y es nombrado presidente D. Mario Sorribas Fierro hasta su renuncia acaecida en fecha 6 de agosto de 2009, fecha en la que también renuncia a su cargo D. Ramón Bergós Civit, siendo sustituidos en el cargo de presidente por D. Diego Torres Pérez y, en el cargo de Secretario por D. Miguel Tejeiro Losada, respectivamente, ostentando el cargo de vocales Dña. Ana María Tejeiro Losada y D. Mario Sorribas Fierro.

1.- HECHOS DECLARADOS PROBADOS RELATIVOS A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS:

1.1 PATROCINIO DEL EQUIPO CICLISTA Y OFICINA DEL PROYECTO.

En la primavera de 2003, D. Ignacio Urdangarín Liebaert contactó con D. Juan Pablo Molinero Pérez, abogado experto en derecho del deporte, especializado en ciclismo, que en aquellas fechas desarrollaba su actividad profesional en la firma Price Waterhouse Coopers, mercantil que en esa data disponía en exclusiva de los derechos de intermediación en la gestión del patrocinio del Equipo Ciclista Banesto. D. Ignacio Urdangarín Liebaert, con ocasión de las conversaciones mantenidas con D. Juan Pablo Molinero, en las que éste la participó que su actividad profesional en aquellas fechas se hallaba encaminada a la búsqueda de un patrocinador para el equipo ciclista -con motivo de haber comunicado la entidad bancaria Banesto su intención de abandonar el patrocinio del mismo-, puso en su conocimiento que estaba en disposición de conseguir que el Govern de Les Illes Balears

patrocinara el equipo ciclista entonces llamado Banesto. Asimismo, le propuso su incorporación a Nóos Consultoría Estratégica, SL (en adelante NCE), comenzando ambos a colaborar para la consecución de tal fin desde que tuvo lugar este inicial contacto, aun cuando, la relación laboral de D. Juan Pablo Molinero Pérez con la mercantil NCE, S.L no se formalizaría hasta el mes de noviembre de 2003.

Para la consumación de tal propósito, D. Ignacio Urdangarín Liebaert, a su vez, contacta con D. José Luís Ballester Tuliesa, a quien le unía una estrecha relación de amistad y acababa de ser nombrado Director General de Deportes por D. Jaume Matas Palou en fecha 5 de Julio de 2003 (BOIB nº 97 EXT de 7 de Julio de 2003). Prevaliéndose de esa íntima relación de amistad y de su privilegiado posicionamiento institucional, se presentó ante el Sr. Ballester como interlocutor cualificado de los representantes del Equipo Ciclista Banesto, D. Eusebio Unzué y D. José Miguel Echávarri García, en la medida en la que manifestó disponer de influencia sobre ellos, arrogándose facultades de representación, al afirmar que hablaba en su nombre, consiguiendo con ello la intermediación de D. José Luís Ballester Tuliesa ante el President del Govern Balear, D. Jaume Matas Palou.

Tal intermediación se materializó cuando D. José Luís Ballester Tuliesa elevó al President del Govern Balear (D. Jaume Matas Palou), la propuesta de patrocinio del referido equipo ciclista que le había sido previamente trasladada por D. Ignacio Urdangarín Liebaert.

Así, fue en el mes de Agosto de 2003, cuando D. José Luis Ballester Tuliesa expuso a D. Jaume Matas Palou en el Consolat de la Mar (sede del Govern Balear y residencia oficial del President del Govern), el proyecto de patrocinio que verbalmente le había transmitido D. Ignacio Urdangarín Liebaert. En el transcurso de esta reunión que ambos mantuvieron, D. Jaume Matas Palou encargó a D. José Luís Ballester Tuliesa que concertara una entrevista con D. Ignacio Urdangarín Liebaert con la finalidad de conocer personalmente el detalle de los términos de tal propuesta.

Dicho encuentro tuvo lugar en el mes de Septiembre de 2003 en el Palacio de Marivent y a él asistieron D. Ignacio Urdangarín Liebaert, D. Jaume Matas Palou y D. José Luís Ballester Tuliesa. En el marco del espacio temporal descrito y ante las personas anteriormente mencionadas, D. Ignacio Urdangarín, arrogándose funciones representativas sobre el mencionado equipo ciclista, en los términos anteriormente descritos y, sin que ello respondiera a la realidad, no sólo propuso al President que el Govern Balear patrocinara al equipo ciclista sino que introdujo otra propuesta consistente en la necesidad de contar además con un servicio de seguimiento y promoción del equipo ciclista del que se encargaría él personalmente, aduciendo que el coste de lo que posteriormente se denominó “Oficina del Proyecto” era independiente del patrocinio y debería ser sufragado por la propia Fundación Illesport. Si bien no lo mencionó en estos iniciales contactos, posteriormente trasladó a los responsables políticos que este servicio (oficina del proyecto) lo gestionaría a través de la mercantil NCE, S.L, sociedad que compartía al 50% con D. Diego Torres Pérez.

Aproximadamente, a finales del mes de Septiembre de 2003, el President del Govern, D. Jaume Matas Palou, decide dar su aprobación verbal tanto al patrocinio como a la Oficina del Proyecto, sin perjuicio de la existencia de reuniones posteriores, habidas con la finalidad de materializar lo que previamente había sido decidido.

Y, en tal sentido, en el mes de Octubre de 2003, el acuerdo verbal alcanzado entre D. Ignacio Urdangarín Liebaert y D. Jaume Matas Palou se concreta finalmente en cuanto a determinación de precio y condiciones con ocasión de una reunión mantenida en el Consolat de la Mar a la que, además del propio presidente del Govern Balear, asisten D. José Miguel Echávarri García, D. José Luís Ballester Tuliesa y D. Joan Flaquer Riutort, éste último en calidad de Consejero de Turismo y Presidente de la empresa pública denominada Instituto Balear del Turismo (IBATUR), adscrita y dependiente de la Consejería de Turismo, definida en la normativa que la regula (modificada por Decreto 6/2004, de 23 de Enero. BOIB 015-31/Enero/2004), con el carácter de entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, cuya actividad se sometía al ordenamiento jurídico privado (civil, mercantil o laboral), sin perjuicio de lo que disponga la normativa sobre contratos de las administraciones públicas que le sea de aplicación, y su objeto social venía constituido por la promoción interior y exterior de la oferta turística en el marco de la política turística de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears.

IBATUR contaba con una estructura organizativa que venía integrada por los órganos de gobierno en los que se incardinaban el Presidente del Instituto, cargo que ostentaba el Consejero de Turismo y, el Consejo de Dirección, compuesto por el Presidente, el vicepresidente, el director-gerente y los vocales (Secretario general de la consejería competente en materia de turismo, el director general competente en materia de ordenación del turismo, un representante de la Presidencia del Gobierno de Les Illes Balears, nombrado a propuesta del Presidente del Gobierno de les Illes Balears; y un representante de la Consejería competente en materia de hacienda, nombrado a propuesta del consejero correspondiente); El órgano de gestión, en el que se incardinaba el director-gerente, nombrado y separado libremente por resolución del consejero competente en materia de turismo; y, finalmente, el órgano consultivo y de participación, en el que se hallaba incardinado El Consejo Asesor de Promoción del Turismo que venía integrado por el director general competente en materia de promoción del turismo de la consejería competente en materia de turismo del Gobierno de les Illes Balears, que actuaba como presidente; el director-gerente del Instituto, que actuaba como vicepresidente; un técnico de la Unidad Técnica de Promoción del Instituto, que actuaba como secretario; un vocal nombrado a propuesta de Fomento del Turismo de Mallorca; otro nombrado a propuesta de Fomento del Turismo de Menorca; otro nombrado a propuesta de Fomento del Turismo de Ibiza; otro nombrado a propuesta del Patronato Municipal del Turismo de Formentera; un vocal nombrado a propuesta del Consejo Insular de Mallorca; otro nombrado por el Consejo Insular de Menorca; otro a propuesta del Consejo Insular de Ibiza-Formentera; y, finalmente, cuatro vocales, nombrados libremente, por resolución del presidente del IBATUR, entre personas de reconocido prestigio, vinculadas al mundo del turismo.

El patrimonio de IBATUR venía constituido por el conjunto de bienes y/o derechos que le fueran adscritos por la comunidad autónoma de Les Illes Balears, los que el organismo adquiriera en el curso de su gestión, los que, en el futuro, le adscribiera cualquier persona o entidad, por cualquier título, y aquellos en cuya titularidad se subrogara como consecuencia de la supresión, extinción o disolución de cualquier entidad autónoma o

empresa pública de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears. Y sus fuentes de financiación integradas por los bienes y los valores que constituían su patrimonio así como los productos y venta de éstos; Las transferencias y subvenciones que anualmente consignaran en los presupuestos generales de Les Illes Balears o en los de otros organismos autónomos o administraciones públicas; Los ingresos de derecho público o privado que le correspondiera percibir y los que se produzcan a consecuencia de sus actividades; Las subvenciones, aportaciones voluntarias o donaciones que se concedan a su favor por personas públicas o privadas; Los empréstitos que pueda emitir así como los créditos financieros que pueda concertar con entidades bancarias u otras de crédito, tanto nacionales o extranjeros y, cualesquiera otros recursos admitidos en derecho no previstos en los apartados anteriores.

El acuerdo final se materializó en los términos que habían sido propuestos por D. Ignacio Urdangarín Liebaert, incluyéndose la contratación a favor de la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, S.L. de la Oficina del Proyecto por importe de 300.000 euros, ordenando D. Jaume Matas Palou al entonces consejero de Turismo, D. Joan Flaquer Riutort, que el Instituto Balear de Turismo (IBATUR) prestara apoyo a las acciones del equipo ciclista y en concreto a la contratación de la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, S.L en los términos pactados.

Entre finales de Octubre y mediados de noviembre de 2003 tiene lugar otra reunión a la que asisten D. José Luís Ballester Tuliesa, D. Juan Carlos Alía Pino, D. Gonzalo Bernal García, D. Juan Pablo Molinero Pérez y D. Ignacio Urdangarín Liebaert- sin que haya podido determinarse si a dicha reunión asistió D. Diego Torres Pérez- en la que se abordó la contratación de la entidad NCE, S.L. si bien, al haber sido ordenada verbalmente por D. Jaume Matas Palou con carácter previo, se prescindió de la tramitación de procedimiento alguno, pero sí se fijó su coste en la cantidad de 300.000 euros, determinándose que tal coste se repartiría entre el Instituto Balear de Turismo (IBATUR) y la Fundación Illesport, asumiendo el primero los costes relativos a la elaboración del material promocional del equipo ciclista y la confección de la página Web y, la segunda, los servicios del gabinete de prensa y el seguimiento mediático del equipo ciclista.

Tras dicha reunión, D. José Luís Ballester Tuliesa recibió del President, D. Jaume Matas Palou, la orden de iniciar los contactos con D. Diego Torres Pérez para poder llevar adelante la web y las restantes actuaciones promocionales concertadas verbalmente. Tal orden fue trasladada por el Sr. Ballester al gerente de IBATUR, D. Juan Carlos Alía Pino, quien contactó con Diego Torres a tal fin.

El día 10 de Noviembre de 2003 se constituye la entidad Abarca Sport, S.L, de la que es nombrado administrador D. José Miguel Echávarri García y cuyo objeto social viene determinado por la promoción y gestión de equipos ciclistas y, por la organización y participación en competiciones deportivas.

La documentación del patrocinio del equipo ciclista viene reflejada en el acta de la Comisión Ejecutiva de la Fundación Illesport de fecha 19 de Noviembre de 2003. Tal acta recoge que la precitada Comisión Ejecutiva se habría reunido supuestamente en esa fecha, figurando como comparecientes a la misma la Secretaria General de Vicepresidencia y

Relaciones Institucionales, Dña. Dulce Linares Astó, quien habría asumido las funciones de presidenta, el Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa, quien habría asumido funciones de secretario, y el Gerente del entonces denominado Instituto Balear de Turismo (IBATUR), D. Juan Carlos Alía Pino, reflejándose en el punto quinto de citado documento el acuerdo alcanzado en el aspecto concernido a la designación de patrocinio deportivo del equipo ciclista, disponiéndose textualmente: "Una vez estudiado el expediente correspondiente al patrocinio de un equipo ciclista, se resuelve que el único equipo ciclista que cumple los requisitos publicitarios es el equipo "I Banesto.com". Asimismo se aprueba por unanimidad realizar la solicitud al Govern de les Illes Balears para el patrocinio del mismo de 5.000.000 de euros para el año 2004, 6.000.000 para el año 2005 y 7.000.000 para el año 2006 y, la firma de un convenio de colaboración empresarial entre la Fundación y el Banco Español de Crédito y Grupo Santander para la obtención de recursos para el patrocinio del equipo ciclista.

El contenido de tal acta vino precedido de una reunión del Patronato de la Fundación, efectivamente celebrada en fecha 16 de Septiembre de 2003, en la sede del Parlament de Les Illes Balears, cuyo punto cuarto del orden del día recoge que la comisión ejecutiva dispone de todas las competencias de gestión ordinaria de la Fundación, con la excepción de las expresamente indelegables por el Patronato, recogidas en el artículo 13 de sus estatutos y, el punto sexto, un acuerdo, adoptado por unanimidad, por el que la Junta de Patronos aprueba el patrocinio "de un equipo ciclista" durante los ejercicios 2004, 2005 y 2006 y solicitar del Govern Balear una transferencia corriente por importe de 18.000.000 €, facultando a la comisión ejecutiva para que lleve a cabo todas las actuaciones necesarias para realizar el contrato de patrocinio "con un equipo ciclista".

Formalizada la solicitud presupuestaria, con fecha 21 de noviembre de 2003, el Consell de Govern aprueba la concesión de una aportación de 18.000.000 de euros a favor de la Fundación Illesport para el patrocinio del equipo ciclista, a razón de 5.000.000 de euros para el año 2004, 6.000.000 de euros para el año 2005 y 7.000.000 de euros para el año 2006. Tras la aprobación de tal concesión presupuestaria, con fecha 24 de noviembre de 2003, se extiende un acta en la que se recoge una reunión del Patronato de la Fundación Illesport en la que se habría adoptado, entre otros, el siguiente acuerdo: "Quart.- S´aprova per unanimitat ratificar les actuaciones dutes a terme per la comissió ejecutiva i subscriure els contractes necessaris de patrocini de l´equip ciclista durant les temporades 2004, 2005 i 2006". Ello, no obstante, tal reunión nunca tuvo lugar y, en su consecuencia, los contratos de patrocinio del equipo ciclista no fueron aprobados por ningún órgano de la Fundación (Comisión Ejecutiva o Patronato), sino que la decisión de su formalización fue adoptada unilateral y directamente por su Presidente, D. Jaume Matas Palou.

Seguidamente, con fecha 27 de noviembre de 2003 la Fundación Illesport, representada por su presidente D. Jaume Matas Palou, a la sazón President del Govern de Les Illes Balears, concierta con la mercantil Abarca Sport, S.L un contrato de patrocinio deportivo que comprendería las temporadas ciclistas 2004, 2005 y 2006 por importe de 6.960.000 euros para la primera, 6.000.000 de euros para la segunda y 7.000.000 de euros para la tercera, siendo autorizado el abono de las facturas correspondientes a los precitados

importes por D. Gonzalo Bernal García, en calidad de Gerente de la Fundación Illesport, en cumplimiento de las órdenes que a tal efecto había recibido**.**

En esa misma fecha, esto es, el día 27 de noviembre de 2003, con posterioridad -del mismo modo que ocurre con el contrato suscrito entre la Fundación Illesport y la mercantil Abarca Sport, S.L.-, a la fecha en la que se documenta el acta que refleja la inexistente reunión del Patronato, D. Diego Torres Pérez, en representación de la mercantil NCE, S.L, dirige a la mercantil Abarca Sports, S.L una propuesta de colaboración para la creación de la que se denominó Oficina del Proyecto del Equipo Ciclista que tendría una duración temporal de tres años, determinándose como fecha de expiración de tal colaboración el 31 de diciembre de 2006, susceptible de prórroga automática, salvo denuncia con dos meses de antelación, siempre condicionada a que la Fundación Illesport continuara patrocinando al equipo ciclista.

D. Diego Torres Pérez y D. Ignacio Urdangarín Liebaert, responsables de NCE, S.L, ocultaron deliberadamente que habían alcanzado un acuerdo de colaboración con la mercantil Abarca Sports, S.L, en virtud del cual dicha mercantil se hacía cargo del 25% del coste de la Oficina del Proyecto, y por el que cobrarían 200.000 euros en el año 2005.

El presupuesto de la Oficina del Proyecto ascendía a 200.000 euros anuales, de los cuales, 150.000 euros serían asumidos por la Fundación Illesport, mientras que los 50.000 euros restantes serían asumidos por la mercantil Abarca Sports, S.L. Tales importes no incluían el IVA correspondiente ni gastos ni suplidos y debían actualizarse anualmente conforme IPC o índice de referencia que le sustituyera. A tal fin, la relación interna entre las mercantiles, Abarca Sports, S.L y NCE, S.L a propósito del importe de 50.000 euros se formalizó en virtud de un contrato suscrito entre las partes con fecha 1 de enero de 2004.

La decisión que ampara la contratación de la denominada “Oficina del Proyecto” fue documentada en el acta de la comisión ejecutiva de la Fundación Illesport de fecha 12 de enero de 2004 en la que consta expresamente: “Contrato de prestación de servicios para la oficina de proyecto de equipo ciclista. Se aprueba por unanimidad aprobar la contratación de una entidad para realizar la coordinación del equipo ciclista”.

Ello no obstante el contenido de ese acta no responde a la realidad de lo sucedido en la medida en la que tal decisión no se adopta en la precitada reunión. Antes bien, tal decisión estaba tomada previamente y nunca llegó a documentarse, limitándose la mercantil NCE, S.L a emitir facturas con el logo “Noos”, que remitía para que el Gerente de la Fundación Illesport, D. Gonzalo Bernal García, las presentara, a su vez, a la firma del Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa, autorizando éste último su pago. Concretamente, la mercantil NCE, S.L presentó en el año 2004 cuatro facturas por importe global de 177.093,72 euros, desglosadas del modo siguiente:

-Factura de fecha 5 de abril de 2004, por importe de 58.000 euros, IVA incluido, que respondía al concepto “Colaboración profesional según acuerdo 1er trimestre”.

-Factura de fecha 1 de Julio de 2004 con el concepto “Colaboración profesional según acuerdo 2er trimestre”, por importe de 58.000 euros, IVA incluido.

-Factura de fecha 6 de Septiembre de 2004, por el concepto de “juego postales del Team Illes Balears”, por importe de 3.093,72 euros.

-Factura de fecha 1 de Octubre de 2004, por el concepto “colaboración profesional según acuerdo 3er trimestre”, por importe de 58.000 euros, IVA incluido.

Dichas facturas, fueron abonadas por transferencia autorizada por el Director Gerente de la Fundación Illesport, D. Gonzalo Bernal García, certificando posteriormente la misma Fundación la circunstancia de no haber sido hallado expediente o contrato suscrito entre la precitada Fundación y la mercantil NCE, S.L.

La Fundación Illesport, dependiente de la Consejería de Presidencia y Deportes, fue constituida por acuerdo del Consell de Govern de fecha 12 de Abril de 2002, con un capital que ascendía a 370.000 euros aportado por las Consejerías de Presidencia (228.384 €) y Bienestar Social (141.237€).

Dicha fundación sirve a un interés público en la medida en la que tiene por objeto la promoción y el desarrollo del deporte balear, individual y colectivo de alto nivel, a través de la captación de recursos económicos de cualquier clase –preferentemente patrocinios públicos y privados- destinados a la financiación de programas de apoyo a los deportistas y de equipos de alto nivel de las Islas. Y, sus órganos están integrados mayoritariamente, por personas que, designadas por la autoridad competente, desempeñaban sus funciones en las Consejerías de Presidencia y Deportes, y Turismo (inicialmente también por la Consejera de Bienestar Social y 7 vocales nombrados por el Govern). Entre ellas, cabe destacar que la Presidencia de la Fundación y del Patronato la ostentaba el President del Govern, D. Jaume Matas Palou, siendo miembros del Patronato, la Vicepresidenta del Govern, el Consejero de Turismo, la Consejera de Presidencia y Deportes y 7 vocales nombrados por la Comunidad Autónoma, de entre los cuales, se encontraban el Gerente de l´Escola Balear de l´Esport, el Director de Comunicación y el Director General de Deportes. Por su parte, la Comisión Ejecutiva se hallaba integrada por la Secretaria General de la Consejería de Vicepresidencia y Relaciones Institucionales, el Director General de Deportes y el director gerente de IBATUR.

La Fundación se halla sujeta en materia de contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, por mor de la aplicación supletoria de la Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de Diciembre- al no haber sido aprobada en aquellas fechas la correspondiente normativa autonómica sobre la materia-, pese a haber sido transferida tal competencia a la Comunidad Autónoma Balear en virtud del artículo 149 CE.

Con la misma finalidad de dar apariencia de legalidad a la decisión previa y verbalmente adoptada por el President del Govern, el gerente del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), D. Juan Carlos Alía Pino, contacta con D. Diego Torres Pérez y le solicita que le envíe dos presupuestos, uno sobre elaboración de material promocional del equipo ciclista y otro relativo a la confección de la página Web. Así, con fecha 7 de enero de 2004, D. Diego Torres Pérez envía al gerente del IBATUR los presupuestos solicitados, por importes de 86.769,82 euros y 14.378,4 euros, respectivamente, IVA excluido.

Con fecha 15 de enero de 2004, D. Juan Carlos Alía Pino comunica a D. Diego Torres Pérez a través de dos cartas de idéntico contenido, una relativa al diseño de material y suministro, y otra, a la página Web, lo siguiente:

"Palma a 15 de Enero de 2004. Estimado Sr. Torres: Vista su propuesta, formulada en nombre y representación de la empresa Noos Consultoría Estratégica, S.L, mediante escrito de fecha 7 de enero de 2004 nos complace confirmarles nuestra aprobación al presupuesto presentado por ustedes, relativo al diseño, creatividad, producción y suministro de elementos con destino a la presentación del equipo ciclista Illes Balears-Banesto y realización de piezas promocionales vinculadas a la misma. Los servicios Jurídicos de esta Entidad procederán a reclamarles la documentación necesaria para la debida tramitación del expediente que se instruya. Con el fin de facilitarles las marcas y logotipos les rogamos que contacten con la responsable del Departamento de Imagen y Comunicación, Sra. Aina Genovart (tel.:971177706,fax:971177155,email:agenovart@ibatur.caib.es)".

En su consecuencia, el expediente nº 23/2004 fue confeccionado con posterioridad y, de su contenido, resulta la emisión de un informe por parte del Jefe del Departamento Jurídico del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), D. Miguel Bonet Fiol, que no aparece datado temporalmente y respecto del que no consta petición formal previa, que reza así: "INFORME JURÍDICO RELATIVO AL PATROCINIO DE UNA ACCIÓN PROMOCIONAL EN MATERIA TURÍSTICA. Visto y examinado el expediente de referencia, por los servicios jurídicos del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), cuyos datos se citan en el encabezamiento resulta que se ajusta a la legalidad vigente y, por tanto, no se observa obstáculo legal alguno para proceder a su tramitación y formalización. Por todo ello, se informa favorablemente a la suscripción del correspondiente convenio de colaboración. Palma a (sin fecha)". No obstante, lo informado, D. Miguel Ángel Bonet Fiol no examinó ningún expediente, respondiendo la aseveración "Visto y examinado el expediente de referencia" a una simple cláusula de estilo, limitándose su intervención al examen de una hoja de papel en la figuraban unas anotaciones manuscritas relativas a un supuesto derecho de exclusividad a favor de la mercantil Noos Consultoría Estratégica, S.L, que le fue entregada por el Gerente del Instituto Balear de Turismo, D. Juan Carlos Alía Pino.

Seguidamente, con fecha 16 de Febrero de 2004, el gerente del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), D. Juan Carlos Alía Pino, dicta una resolución concernida a la contratación para la elaboración del material promocional del equipo ciclista y creación de la página Web por importe de 117.363,25 euros. Si bien tal contratación había sido comunicada con carácter previo al dictado de la referida resolución a la entidad Nóos Consultoría Estratégica, S.L.

Asimismo la resolución dictada contiene un extremo que no se ajusta a la realidad, cual es, que la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, S.L ostentaba un derecho de exclusividad sobre el objeto de los contratos, por cuanto no consta justificada la existencia de tal derecho en la medida en la que en el expediente A/23/2004, tramitado por el extinto IBATUR, actualmente denominado Agencia de Turismo de Les Illes Balears (ATB) -según se desprende del certificado emitido por el director de la ATB en fecha 15 de Noviembre de 2011-, no obra documentación alguna que avale la adjudicación en exclusiva de la elaboración del material promocional del equipo ciclista Banesto-Illes Balears a la mercantil NCE, S.L., pese a lo cual, la resolución reconoce la existencia de tal derecho de exclusividad, del modo que sigue: "La exclusividad en la elaboración del material

promocional del equipo ciclista Banesto-Illes Balears la tiene adjudicada la entidad Nóos Consultoría Estratégica, S.L. En ejecución de las indicadas facultades, visto el informe emitido por el Asesor Jurídico, y atendiendo al hecho de que la entidad Nóos Consultoría Estratégica, S.L como adjudicataria exclusiva de la elaboración del material promocional para el equipo ciclista Banesto-Illes Balears, establece unilateralmente el precio y las condiciones de elaboración del material, de modo que si no son aceptadas el espacio publicitario será adjudicado a otra empresa o destino turístico interesado; procede calificar actuación como Convenio de Colaboración de acuerdo con el art. 3.1 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, RESUELVO: Aprobar la colaboración del Instituto Balear de Turismo, y las actuaciones consistentes en el diseño, creatividad, producción y suministro de elementos promocionales con destino al equipo ciclista Banesto-Illes Balears, así como la creación, mantenimiento y gestión del sitio Web del equipo por un importe de 117.363,25 euros, impuestos incluidos, en las condiciones establecidas por la entidad Noos Consultoría Estratégica, S.L, con cargo a la partida presupuestaria de promoción del presupuesto de IBATUR del año 2004".

El 25 de Febrero de 2004, esto es, transcurridos tan sólo 9 días desde el dictado de la resolución, el Instituto Balear de Turismo (IBATUR) abonó dos facturas a la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, S.L. Una de ellas por importe de 99.666,99 euros y, otra, por importe de 16.899,34 euros, en ambos casos IVA incluido, ascendiendo el importe total abonado por dicho Instituto a la precitada mercantil, a la cantidad de 116. 566,33 euros.

Resulta acreditado, en consecuencia, que D. Ignacio Urdangarín Liebaert y D. Diego Torres Pérez percibieron a través de la mercantil NCE, S.L, como contraprestación por haber obtenido el patrocinio del equipo ciclista de referencia, las siguientes cantidades: 116. 566,33 euros abonados por el IBATUR; 177.093,72 euros abonados por la Fundación Illesport que procedían de los fondos públicos con los que fueron nutridos la Fundación Illesport y el Instituto Balear de Turismo con ocasión de las correspondientes dotaciones presupuestarias aprobadas al efecto. Cantidades acopiadas como consecuencia de la influencia desplegada por D. Ignacio Urdangarín Liebaert para la obtención del patrocinio del Equipo Ciclista que supuso un coste para las arcas de la Comunidad Autónoma de Baleares por importe de 18.000.000 euros.

Paralelamente a la Oficina del Proyecto que se centraba, por un lado, en la confección de una página web y en el material promocional, sufragados por IBATUR, así como en las colaboraciones profesionales, sufragadas por la Fundación Illesport, se gestó lo que se vino en denominar "Seguimiento del equipo ciclista". A tal efecto, en el acta de la Comisión Ejecutiva de la Fundación Illesport, supuestamente celebrada con fecha 12 de Enero de 2004, en la que figuran como asistentes Dña. Dulce Linares Astó, D. José Luís Ballester Tuliesa y D. Javier Cases Bergón, bajo la rúbrica "Contrato de Prestación de Servicios seguimiento equipo ciclista", consta lo que sigue: "Una vez estudiado el expediente de contratación de una empresa para la realización del seguimiento del equipo ciclista, a nivel nacional e internacional, se resuelve que la única empresa que puede realizar el seguimiento con los requisitos especificados es la empresa Sofres Audiencia de Medios por lo que se aprueba por unanimidad la contratación de la misma".

Con fecha 20 de Enero de 2004 se formaliza el contrato entre la Fundación Illesport, representada por su gerente, D. Gonzalo Bernal García, D. Emilio Pi Gálvez-Cañero y D. Miguel Ángel Fontán Oñate, en nombre de la mercantil Sofres Audiencia de Medios, S.A, en calidad, respectivamente, de Director de TNS Media Intelligence y Director Comercial, fijándose una duración temporal de un año, expirando el 31 de diciembre de 2004 y precio en el ámbito de España de 25.500 euros más IVA. Dicha contratación responde a una decisión previa no sometida a debate ni, consecuentemente, nacida de un acuerdo adoptado por el Patronato de la Fundación Illesport ni por su Comisión Ejecutiva en el que se justificara la necesidad o conveniencia del seguimiento y de la contratación del mercantil Sofres-TNS Intelligence, siendo además cuestionada la autenticidad de la firma plasmada en el contrato, atribuida a D. Gonzalo Bernal García.

Así resulta del hecho acreditado de que tal contratación no pudo ser sometida a debate en la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Fundación Illesport datada el día 12 de Enero de 2004 en la medida en la que, D. Juan Pablo Molinero Pérez, no remite al gerente de la Fundación, por orden de D. Diego Torres Pérez y de D. Ignacio Urdangarín, los presupuestos a nombre de la mercantil Virtual Strategies, S.L por importe de 58.000 euros, sin IVA y a nombre de la mercantil Aizoon, S.L por importe de 50.000 euros, sin IVA, (mercantiles ambas integradas en el entramado denominado “Nóos” en las que figuran como responsables, D. Diego Torres Pérez y D. Ignacio Urdangarín Liebaert, respectivamente) hasta el día 13 de Enero de 2004 y, el presupuesto correspondiente a Sofres por importe de 25.500 €, IVA no incluido, hasta el día 16 de enero de 2004, esto es, cuatro días después de resultar adjudicado a tal mercantil el citado contrato, hallándose del mismo modo acreditado que los tres presupuestos fueron enviados por D. Juan Pablo Molinero Pérez desde el mismo número de fax. Así como que la firma atribuida a Naroa Marcos Larrinaga obrante en el presupuesto que figura presentado por cuenta de la mercantil Virtual Strategies, S.L, no se corresponde con la auténtica atribuible a la misma, desconociéndose la autoría de tal firma.

Ello no obstante, la mercantil NCE, SL llevó a cabo las prestaciones convenidas con la Fundación Illesport y con IBATUR, no habiéndose acreditado que su coste superara el precio de mercado.

1.2 CONVENIOS DE COLABORACIÓN ILLES BALEARS FORUM CORRESPONDIENTES A LOS EJERCICIOS 2005 Y 2006.

Entre finales del año 2004 y principios del año 2005, D. Ignacio Urdangarin Liebaert y D. Jaume Matas Palou mantuvieron una serie de encuentros, en el curso de los cuales, D. Ignacio Urdangarin propuso al entonces President del Govern, llevar a cabo un evento relacionado con el turismo y el deporte.

Como ocurriera con relación a los hechos precedentes, la ascendencia ejercida por D. Ignacio Urdangarin Liebaert, nacida de la íntima relación de amistad que mantenía con el entonces Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa y, fundamentalmente, del privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba, dada su proximidad a la

Jefatura del Estado- por cuanto en aquellas fechas formaba parte de la Familia Real, con ocasión de la relación de parentesco que por vínculo matrimonial había adquirido-, propició que el President del Govern decidiera aceptar la propuesta, omitiendo los trámites legalmente establecidos y, convocara una reunión en el Consolat de la Mar, en la que de además de D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Diego Torres Pérez y el propio President del Govern, D. Jaume Matas Palou, se hallaban presentes: El Consejero de Turismo, D. Joan Flaquer Riutort; La Consejera de Presidencia y Deportes, Dña. Rosa Puig Oliver; La Directora General del Gabinete Técnico de Presidencia, Dña. Dulce Linares Astó; El Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa y, el entonces Gerente del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), D. Raimundo Alabern de Armenteras.

En el transcurso de la citada reunión, D. Ignacio Urdangarin Liebaert expuso verbalmente el proyecto relativo a la realización de un Foro Internacional sobre Turismo y Deporte al que concurrirían destacadas personalidades relacionadas con estos dos ámbitos, cuya organización correría a cargo de la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, remarcando con una particular insistencia que se trataba de una asociación sin ánimo de lucro.

Seguidamente, el President del Govern instó a D. Ignacio Urdangarin Liebaert para que presentara el proyecto documentado y se lo entregara a la Directora General del Gabinete de Presidencia, Dña. Dulce Linares Astó, adjuntando al mismo un presupuesto que contuviera detallado su coste.

Como aconteció en las anteriores contrataciones, la decisión previa, verbal y unilateralmente adoptada por el President del Govern fue revestida, con posterioridad, de ciertas formalidades con la intención de dotarla de una apariencia de legalidad. Simulando, para la consecución de tal propósito, que las decisiones concernidas a tal contratación habían sido adoptadas por los órganos que integraban la Fundación Illesport, en las que se comprometía, a su vez, la participación del Instituto Balear de Turismo (IBATUR).

Con tal finalidad, con fecha 10.1.2005 se levanta un acta de una supuesta reunión del patronato de la Fundación, que nunca tuvo lugar, fijándose el horario de la reunión entre las 10 y las 12 horas. En el acta, figura como orden del día, concretamente en el punto primero: Delegación comisión ejecutiva. Constando expresamente, que: “La Junta acuerda por unanimidad delegar en la comisión ejecutiva las actuaciones que, a continuación, se indican, y que forman parte del plan de actuación aprobado en fecha 21/12/2004 para el ejercicio 2005: 1.- Patrocinio de equipos de alto nivel de las Islas Baleares; 2.- Patrocinio y organización de eventos deportivos”.

Con fecha 30.5.2005 se documenta otra acta en la que se hace constar una nueva reunión que tampoco fue celebrada en la que, entre otros acuerdos, consta aprobada por unanimidad la firma del convenio de colaboración entre la Fundación, IBATUR, y el Instituto Noos para llevar a cabo en Palma la celebración del “Illes Balears Tour Sport Summit”: Cumbre sobre Turismo y Deporte”, por un importe de 1.200.000 € (punto 6º del orden del día).

Tras la confección de tales actas por parte del Director Gerente de la Fundación, D. Gonzalo Bernal García, en las que, siguiendo las instrucciones de D. José Luís Ballester

Tuliesa, a su vez emanadas del President del Govern, D. Jaume Matas Palou, se reflejaban reuniones de los órganos de la fundación que nunca fueron celebradas y se incorporaban a su contenido las decisiones previas, unilateralmente adoptadas por el President, con fecha 17 de Julio de 2005 se firma un convenio de colaboración entre la Fundación Illesport, representada por la entonces Consejera de Presidencia y Deportes, Dña. Rosa Puig Oliver, el Instituto Balear de Turismo, representado por su presidente y, en aquellas fechas, Consejero de Turismo, D. Joan Flaquer Riutort, y la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, representada por su vicepresidente, D. Diego Torres Pérez.

Dicho convenio contempla como principal objetivo de la colaboración entre la Fundación, IBATUR y el Instituto Nóos el diseño y puesta en marcha de la Cumbre sobre turismo y deporte, con la finalidad de permitir a la Fundación Illesport y a IBATUR alcanzar los objetivos propuestos.

El trabajo a realizar, descrito en el convenio, consistía en que el Instituto Nóos diseñara el evento y junto con la Fundación se estableciera el programa de actos y actividades complementarias de manera que la Fundación como organizador cubriera sus necesidades e intereses y, ello, le permitiera crear productos y servicios de alto valor añadido. En tal sentido, se indica en el texto del convenio, que ambas partes deberán trabajar conjuntamente tanto en el diseño del evento, su programa de actividades, actuaciones complementarias (entre ellas la entrega de premios a las mejores iniciativas en la materia y la puesta en marcha de actividades para acercar la cumbre a la ciudadanía), participantes, invitados, actuaciones publicitarias, de comunicación y RR.PP.

Por lo que respecta a la duración de la colaboración refleja el texto del convenio que la Cumbre había sido diseñada para su celebración anual, iniciándose con la primera edición en 2005 y, con el objetivo de consolidar a Baleares como sede permanente de la misma. La duración inicial de la colaboración se fija en un año, finalizando el día 31 de diciembre de 2005. Indicándose expresamente que la Fundación, IBATUR y el propio Instituto Nóos tendrán la consideración de organizadores de la Cumbre que, provisionalmente, llevaría el nombre de “Illes Balears Toursport Summit”, fijándose como fecha para su celebración los días 22 a 25 de noviembre de 2005.

El mismo texto contempla una aportación económica al Instituto Nóos por importe de un millón doscientos mil euros (1.200.000 €), con los cuales se cubrirían los costes de organización, gestión y logística necesarios para la consecución del proyecto, así como las contraprestaciones correspondientes a la consideración de la Fundación como organizador. Tal aportación económica, según se detalla expresamente en el texto del convenio, sería facturada del modo siguiente: Una primera factura por el 25% del importe total a la firma del convenio; un 25%, el día 15 de Septiembre de 2005; un 25%, el día 15 de Octubre de 2005; y, finalmente, el 25% restante, en los 15 días siguientes a la finalización del evento.

Asimismo el texto del convenio estipula que el Instituto Nóos se encargaría de la búsqueda y gestión de los patrocinios que permitieran completar el presupuesto necesario para el adecuado desarrollo de la Cumbre. Por tal causa, se contempla expresamente que el importe aportado por la Fundación con ocasión de lo estipulado en el convenio dispone, en

todo caso, de la consideración de máximo, corriendo por cuenta del Instituto Nóos la cobertura, a través del patrocinio de empresas privadas, del presupuesto restante.

La Cumbre que, finalmente recibió la denominación “Illes Balears Forum”, fue efectivamente celebrada los días 22 a 25 de Noviembre de 2005 y, la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada percibió la cantidad de 1.200.000 euros estipulada en el convenio, emitiendo para ello 4 facturas con cargo a la Fundación Illesport, que resultan ser las siguientes:

- Factura nº 0613/2005, de fecha 16 de agosto de 2005 por importe de 300.000€.
- Factura nº 0713/2005, de fecha 15 de Septiembre de 2005 por importe de 300.000€.
- Factura nº 0774/2005, de fecha 15 de Octubre de 2005 por importe de 300.000€.
- Factura nº 1004/2005, de fecha 12 de Diciembre de 2005 por importe de 300.000€.

Como quiera que en el expediente administrativo no constaba justificación documental alguna relativa al destino de los fondos públicos recibidos por la Asociación Instituto Nóos con cargo a la Fundación Illesport y, con ocasión del requerimiento judicial evacuado al efecto transcurridos aproximadamente 5 años desde la celebración del evento, la representación procesal de D. Diego Torres Pérez aportó facturas por un importe de 879.136,02 euros.

El precio de la cumbre, comparativamente con otros eventos de análoga naturaleza, dispuso de un presupuesto muy similar -notablemente inferior al de otros patrocinios, como el concernido al equipo ciclista- y, por lo tanto, no puede descartarse que fuera ajustado al precio de mercado. Por otra parte, la Asociación Instituto Nóos contrató los servicios de terceros para la organización de la cumbre, sin que haya podido determinarse que simulara tales contrataciones mediante la confección de facturas ficticias.

Ya en el ejercicio 2006, la ascendencia de D. Ignacio Urdangarin procura nuevamente la adopción de la decisión verbal y unilateral de contratar a la Asociación Instituto Nóos para la celebración de una segunda cumbre en Baleares. Para revestir formalmente esa decisión, del mismo modo que en actuaciones precedentes, D. Gonzalo Bernal García, siguiendo las indicaciones de D. José Luís Ballester Tuliesa -respecto de las que no consta oposición alguna por parte del Presidente del Govern, D. Jaume Matas Palou-, elabora cuatro actas:

1.- La primera con fecha 9.1.2006 en la que figura una supuesta reunión del patronato de la fundación, en la que consta como orden del día: “Delegación comisión ejecutiva”. En ella, figura aprobada por unanimidad que la comisión ejecutiva llevará a cabo las actuaciones que, a continuación se indicaron, como integrantes del plan de actuación aprobado en fecha 21.12.2005 por el patronato para el ejercicio 2006. Entre ellas: 1.- Patrocinio de equipos de alto nivel de las Islas Baleares; 2.- patrocinio y organización de eventos.

2.- Seguidamente, con fecha 11.1.2006, elabora otra acta en la que figura una supuesta reunión de la comisión ejecutiva, en la que consta aprobado por unanimidad (punto tercero del orden del día), solicitar del Govern una aportación económica de 1.000.000€ para gastos ordinarios de la fundación, autorizando al director gerente la realización de la solicitud.

3.- Con fecha 5.5.2006, una nueva acta en la que figuran como acuerdos adoptados: aprobar por unanimidad el patrocinio de eventos, formalizándose a través de un contrato de patrocinio (punto 2º orden del día) y, realizar solicitudes de aportaciones económicas al Govern (punto 3º orden del día).

4.- Y finalmente, con fecha 8.9.2006, en la que se refleja una reunión de la misma comisión aprobando por unanimidad la firma de un convenio de colaboración entre la Fundación Illesport, IBATUR y el Instituto Nóos para la celebración de la 2ª edición del Illes Balears Forum, por un importe de 1.100.000 € y, la solicitud de una aportación económica al Govern por importe de 35.123.03 € para cubrir gastos extraordinarios.

Reproduciendo la misma dinámica comisiva las reuniones documentadas en tales actas nunca tuvieron lugar y, en su consecuencia, los acuerdos que ellos figuran no fueron adoptados por los órganos colegiados que en ellas aparecen identificados. Ni figura tramitado expediente alguno relativo a dicha contratación. Ello, no obstante, amparándose en el contenido de tales actas, con fecha 17 de septiembre de 2006 se firma el convenio de colaboración entre la Fundación Illesport, Ibatur y el Instituto Nóos.

El contenido de este segundo convenio de colaboración es prácticamente idéntico al primero en lo concernido a la gestión y organización de la cumbre, si bien contempla el compromiso de la Asociación Instituto Nóos relativo al desarrollo de un Observatorio Permanente de Turismo y Deporte con sede en Baleares y de un Plan Estratégico de turismo deportivo.

El desarrollo del observatorio incluye, entre otras actividades de investigación, la construcción de una red internacional de destinos y profesionales especializados en turismo y deporte; la formación de un Comité Científico integrado por destacados investigadores y académicos internacionales especializados en la materia; el diálogo con las distintas industrias turísticas, deportivas y administraciones públicas afectadas; la divulgación, por los medios oportunos, del conocimiento adquirido; y, finalmente, impulsar la creación de una línea editorial con la Organización Mundial del Turismo.

Por su parte, el desarrollo del Plan Estratégico incluirá, entre otras, la realización de las siguientes actividades:- Creación de un equipo de trabajo formado por consultores y académicos del Comité Científico Internacional; -La puesta en marcha de un Comité de Participación, integrado por representantes de la Universidad de Les Illes Balears, de las asociaciones empresariales de las islas, de las principales empresas turísticas y de las administraciones públicas y deportivas;- La realización de un análisis de las prioridades del destino; análisis de competidores y ejemplos de buenas prácticas internacionales; Estudios de mercado para conocer el mercado potencial de diferentes deportes; Realización de un estudio de opinión para conocer la actitud de la población de las Islas Baleares hacia el turismo deportivo en general y de cada deporte en concreto; Identificación de las infraestructuras necesarias; Diseño de un Plan de Acción; Seminario con grupos de empresarios; Y, finalmente, Comunicación de las condiciones del Plan.

Asimismo, se prevé la constitución, dentro de los siete días siguientes a la firma del Convenio, de una Comisión Evaluadora formada por un representante de cada una de las entidades firmantes del mismo, a efectos de supervisar el desarrollo del proyecto.

La duración del convenio es de un año, fijándose el plazo de finalización con fecha 30 de Junio de 2007 y su presupuesto se determina en la cantidad de 1.100.000 euros, con el desglose siguiente:

a) 640.000 euros por la celebración de la Segunda Edición del Illes Balears Forum.

b) 340.000 euros, por el desarrollo del Observatorio Permanente.

c) 120.000 euros, por el diseño del Plan Estratégico.

En este segundo convenio se especifica que la organización de la cumbre tiene la consideración de un contrato de patrocinio y el desarrollo del Observatorio Permanente y del Plan Estratégico, el carácter de una prestación de servicios.

Con ocasión de este segundo convenio, la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, cobró la cantidad de 1.085.000 euros, de acuerdo con la siguiente facturación:

- Factura de fecha 2 de Octubre de 2006 por importe de 250.000 euros, en la que figura como concepto: “Primera factura parcial de honorarios correspondientes a la celebración de la segunda edición del ILLES BALEARS FORUM”.

- Factura de fecha 22 de Noviembre de 2006 por importe de 100.000 euros, en la que figura como concepto: “Segunda factura parcial de honorarios correspondientes a la celebración de la segunda edición del ILLES BALEARS FORUM”.

- Factura de fecha 11 de diciembre de 2006 por importe de 150.000 euros, en la que figura como concepto: “Tercera factura parcial de honorarios correspondientes a la celebración de la segunda edición del ILLES BALEARS FORUM”.

- Factura de fecha 18 de enero de 2007 por importe de 140.000 euros y en la que figura como concepto: “Última factura parcial de honorarios correspondientes a la celebración de la segunda edición del ILLES BALEARS FORUM”.

- Factura de fecha 12 de Abril de 2007 por importe de 306.000 euros, en la que figura como concepto:” Factura parcial de honorarios correspondiente al Observatorio Permanente de Deporte y Turismo”.

- Factura de fecha 25 de Abril de 2007 por importe de 139.000 euros, en la que figura como concepto: “Factura parcial de honorarios correspondientes al Observatorio Permanente de Deporte y Turismo y al Plan Estratégico de Turismo Deportivo”.

Esta segunda edición del ILLES BALEARS FORUM se celebró en las fechas que fueron determinadas en el convenio (22 a 24 de noviembre de 2006) y, del mismo modo que ocurrió con la primera cumbre, y con ocasión de idéntico requerimiento judicial evacuado en el mismo marco temporal antedatado, la Asociación Instituto Nóos presentó facturas por importe global de 729.577,64 euros.

El precio de la cumbre, comparativamente con el mismo evento celebrado el año anterior y con otros eventos análogos, dispuso de un presupuesto muy similar, incluso inferior, respecto de la primera cumbre celebrada en el año 2005 y -notablemente menor al de otros patrocinios, como el concernido al equipo ciclista-, por lo tanto, no puede descartarse que fuera ajustado al precio de mercado. Por otra parte, la Asociación Instituto Nóos contrató los servicios de terceros para la organización de la cumbre, sin que haya podido determinarse que simulara tales contrataciones mediante la confección de facturas ficticias.

Ello no obstante, surgieron ciertas desavenencias entre la administración y los representantes de la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada con ocasión de la realización de las actividades relativas al Observatorio Permanente y al Plan Estratégico. A tal efecto, D. José Luís Ballester Tuliesa mantuvo contactos con D. Diego Torres Pérez y, también con D. Ignacio Urdangarin Liebaert quien, pese a haber abandonado "de facto" la Asociación con fecha 20 de Marzo de 2006, a instancia de D. Diego Torres Pérez, intermedió con la finalidad de que D. José Luís Ballester accediera a satisfacer el pago de las cantidades estipuladas en el convenio respecto de tales servicios.

Y, así, en el curso de estos contactos, documentados en lo que se vino a denominar "Actas de contacto", D. José Luís Ballester Tuliesa exigió a los representantes del Instituto Nóos el cumplimiento de las estipulaciones convencionales concernidas a dichos extremos. Y así se desprende, del acta de contacto de fecha 18 de enero de 2007- datada por error en el año 2006- en la que se acuerda el pago de la cantidad de 140.000 € correspondientes a los gastos relativos al diseño e implementación de la Web del congreso y la grabación de los actos en soporte audiovisual; La organización de diversos actos, conferencias y seminarios para difundir las conclusiones del IB Forum; Y, finalmente, las cantidades restantes derivadas de la gestión de logística del encuentro (viajes, flota de vehículos, traslados a la isla, hospedaje y manutención), haciéndose constar expresamente que quedaba pendiente de ejecución y pago la cantidad correspondiente al Observatorio Permanente de Deporte y Turismo, y el diseño y desarrollo del Plan Estratégico de Turismo Deportivo.

A continuación, los representantes del Instituto Nóos emitieron en la misma fecha (18.1.2007) una factura contra la Fundación Illesport por importe de 140.000 euros, que fue abonada.

Desde esas fechas (principios del año 2007), D. Ignacio Urdangarin mantuvo reiterados contactos telefónicos con D. José Luís Ballester Tuliesa en el curso de los cuales le exigió el pago de la cantidad pendiente, relacionada con los servicios correspondientes al Observatorio Permanente y al Plan Estratégico. Exigencia que fue reiterada por D. Ignacio Urdangarin pese a que el Sr. Ballester puso en su conocimiento que los servicios comprometidos no habían sido ejecutados.

Finalmente, D. José Luís Ballester, con el beneplácito del Presidente del Govern, D. Jaume Matas Palou -interesado en evitar controversias ante el inminente compromiso electoral al que concurría como candidato a la Presidencia de la Comunidad Autónoma de Baleares- accedió al pago de la cantidad restante, con el cumplido conocimiento de que tales prestaciones convencionales no trascendieron más allá de una fase preliminar y nunca llegaron a ejecutarse de forma efectiva.

A continuación, para justificar el pago de tales importes, se realizaron dos actas de contacto:

- Respecto de la factura de 306.000 euros emitida con fecha 12 de Abril de 2007 por la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada contra la Fundación Illesport, el acta fechada el día 11 de Abril de 2007, en la que se relacionaban como ejecutadas unas actividades relativas a dichos servicios que nunca llegaron a materializarse, siendo dicha factura abonada.

-Seguidamente, con fecha 24 de abril de 2007- también datada por error en el año 2006-, se confecciona una acta de contacto en la que recoge el acuerdo alcanzado con D. Diego Torres Pérez, en su calidad de representante de la Asociación Intituto Nóos, en virtud del cual se anticipa el pago de la cantidad de 139.000 euros que debe ir destinado a la materialización y entrega del Observatorio Permanente de Deporte y Turismo y al Plan Estratégico de Turismo Deportivo, relacionándose las prestaciones que deberá llevar a efecto la Asociación. Como ocurriera con el acta anterior, la Asociación Instituto Nóos emitió una factura con fecha 25 de abril de 2007 contra la Fundación Illesport por importe de 139.000 euros, que fue abonada.

Importando las sumas recibidas por la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, de este modo, la cantidad total de 445.000 euros.

2.- HECHOS DECLARADOS PROBADOS RELATIVOS A LA COMUNIDAD VALENCIANA:

I.- De la entidad CACSA.

La entidad CIUDAD DE LAS ARTES Y DE LAS CIENCIAS, S.A. es una empresa pública propiedad de la Generalitat Valenciana integrada en la Secretaría de Eventos y Proyectos, a su vez dependiente de la Consellería de Economía y Hacienda. En la fecha en la que se sitúan los hechos D. Luís Lobón ostentaba el cargo de Secretario Autonómico de Eventos.

Su objeto social es la promoción, organización y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, construcción y puesta en funcionamiento de los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias de Valencia y la promoción, organización y gestión de la explotación de las actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren los proyectos de la Ciudad de las Artes y las Ciencias.

La sociedad, sin perjuicio de su dependencia de la Presidencia de la Generalitat, tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar para el desarrollo de sus fines, patrimonio propio y una administración autónoma, rigiéndose por lo establecido en el Decreto Legislativo de 26 de Junio de 1991 del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, la Ley de Sociedades Anónimas y sus propios estatutos.

Fue constituida mediante escritura pública de fecha 3-03-1991, con capital íntegramente suscrito por la Generalitat Valenciana, previendo sus estatutos que actuaría en el mercado en régimen de empresa mercantil con sujeción al derecho privado y a los buenos usos comerciales, incluso en las adquisiciones, disposiciones patrimoniales y contratación.

No obstante esta última prescripción recogida en sus estatutos, dado que se trata de un ente público con fines comerciales, la entidad debía sujetar parte de su actividad a la LCE.

La entidad compagina su naturaleza de ente público con un claro fin comercial, estando clasificada como productor de mercado (a los efectos del Sistema Europeo de

Contabilidad aprobado por Reglamento CE N2 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996), al tratarse de una entidad que se financia básicamente con sus ingresos comerciales por la venta de bienes y servicios, suponiendo las subvenciones de explotación (procedentes de fondos públicos) menos del 1 % del total de sus ingresos en el año.

D. JOSE MANUEL AGUILAR COLAS ejerció el cargo de Director General de CACSA desde Julio de 2002 hasta Enero de 2005, siendo sustituido desde 13-03-2005 hasta el 18-12-2009 por D. JORGE VELA BARGUES.

D. Luís Lobón, como consejero de CACSA, además de Secretario de Eventos, era superior directo de ambos acusados en el tiempo en cada uno de ellos ejerció, respectivamente, como director general.

Dña. ELISA MALDONADO que había comenzado a trabajar en la entidad CACSA desde el 16-09-1992 como administrativa en virtud de contrato de trabajo temporal al amparo del RD 1989/84, pasó el día 27-10-1997 a prestar sus servicios como coordinadora de los servicios jurídicos, puesto que desempeñó hasta el día 1 de Noviembre de 2002. En dicha fecha pasó a ejercer las funciones de Directora de Gestión, no siendo formalmente designada para dicho puesto hasta el 1-03-2006.

II.- De la entidad FUNDACIÓN TURISMO VALENCIA CONVENTION BUREAU.

La entidad fue constituida en el año 1991, con el carácter de Fundación cultural privada, por el Ayuntamiento de Valencia, la Cámara de Industria Comercio y Navegación de Valencia, la Feria de Valencia y la Confederación Empresarial Valenciana, con una dotación inicial de 60.101,21.-€ (entonces 10.000.000.-de ptas.) siendo la aportación de cada una de estas entidades de 2.500.000 ptas.

Conforme a sus normas estatutarias, ostenta personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica y de obrar. Puede, por tanto, adquirir, poseer, administrar y disponer bienes y derechos de todas clases, contraer obligaciones y ejercitar derechos, acciones y excepciones.

Sus fines son:

a) La promoción de la ciudad de Valencia y de su imagen turística, tanto a nivel nacional como internacional. b) La captación y canalización del turismo hacia la ciudad de Valencia. c) El desarrollo de la infraestructura turística y de servicios complementarios. d) La promoción de la ciudad de Valencia como sede de congresos, ferias, convenciones, seminarios, viajes de incentivos y otro tipo de eventos y cualesquiera otras actividades turísticas. e) Ofrecer servicio de asesoramiento a todos los operadores del sector turístico. f) Promover y elaborar análisis y estudios, así como el material necesario que sirva de soporte a sus actuaciones. g) Establecer relaciones de cooperación y colaboración con Empresas e Instituciones Nacionales e Internacionales que puedan ser de interés para la promoción turística de la ciudad y que quieran contribuir al fin fundacional.

El máximo órgano de gobierno, administración y representación de la Fundación corresponde al Patronato que quedó integrado por el Excmo. Ayuntamiento de Valencia, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Feria de Valencia y la

Confederación Empresarial Valenciana, representados por la persona que designen sus órganos competentes, conforme a las normas legales o estatutos vigentes. Esta composición del Patronato se mantenía en la fecha de los presentes hechos.

Junto a ello, el Patronato tenía un presidente y un vicepresidente, previendo los estatutos que la presidencia seria ejercida por el Ayuntamiento de Valencia, representado por la persona designada a tal efecto por el órgano competente. Una Comisión Ejecutiva compuesta por un Presidente y 8 vocales, así como un Director-Gerente, órganos que ejecutarán aquellas facultades para las que hayan sido facultados o apoderados por el Patronato, correspondiendo a la comisión ejecutiva las siguientes funciones:

-preparación de asuntos a tratar en el patronato.

-Examen con carácter previo y presentación al patronato de los programas, planes presupuesto balances y memorias de cada ejercicio.

-proposición de modificaciones estatutarias.

-Supervisión de la ejecución de los planes y programas aprobados por el Patronato.

La toma de decisiones se llevaba a cabo de forma colegiada mediante el voto ponderado de las entidades integrantes del patronato, cuya composición en la fecha de los hechos era la siguiente: Por parte del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, D. Alfonso Grau Alonso y Dña. María Irene Beneyto, correspondiendo a cada uno 17 votos; Por parte de la Cámara de Comercio, D. Arturo Virosque y D. José Romaguera, correspondiendo a cada uno 6 votos; Por parte de la Confederación de Empresarios, D. Rafael Ferrando y D. Juan Carlos Gelabert, correspondiendo a cada uno 6 votos; Por parte de Feria de Valencia, D. Alberto Catalá y Dña. Belén Juste, correspondiendo a cada uno 6 votos; Y, finalmente, como representantes del Consejo General de Socios Protectores, D. Antonio Mora, Dña. Consuelo Garde, D. Manuel Ales, D. Enrique Torres, Dña. Gabriela Sales y Dña. María José Roca, correspondiendo a cada uno 5 votos.

En la fecha de los hechos objeto de acusación D. Alfonso Grau Alonso era el Presidente del Patronato y de la Comisión Ejecutiva, en su calidad de Vice-alcalde de Valencia, siendo D. José Salinas Novella el Director Gerente de la misma.

Los fondos de los que se nutre la Fundación son los recursos que provengan del rendimiento de su patrimonio, los procedentes de ayudas, subvenciones o donaciones que reciba tanto de personas como de entidades públicas o privadas, los ingresos obtenidos mediante el cobro de precios a sus beneficiarios, previa ponderación de su capacidad económica, y los derivados del ejercicio de actividades mercantiles.

Con fecha 28 de Febrero de 2003 la Fundación firmó un acuerdo marco de colaboración con la empresa Pública de la Generalitat Valenciana CACSA con la finalidad de establecer los cauces necesarios para promover la ciudad de Valencia como destino turístico general y el complejo de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias, en particular. En dicho acuerdo, además de la proclama de contribuir a dichos fines de forma conjunta, la Fundación se obligaba a nombrar a CACSA como socio protector de la Fundación y CACSA a contribuir con 9.000 € anuales.

El acuerdo tenía una vigencia de 1 año prorrogable por años naturales sucesivos, salvo denuncia previa.

III.- ORIGEN DE LOS CONTRATOS:

1.- ANTECEDENTES: ELECCIÓN DE VALENCIA COMO SEDE COPA AMERICA:

La Copa América de Vela es el evento deportivo más prestigioso del mundo de la vela y uno de los acontecimientos deportivos de mayor impacto económico y difusión internacional.

Tras la victoria del Equipo Suizo (ALINGHI) en la 31ª edición, fue necesario abrir un proceso de selección para la sede de la competición. Los representantes políticos de Valencia consideraron que, erigirse en la sede de la 32ª edición, sería una ocasión única para la ciudad y para la comunidad autónoma, dado que las características y repercusión del acontecimiento lo convertían en una plataforma promocional de la ciudad, motivo por el cual apostaron por participar en la convocatoria.

Desde el punto de vista administrativo, y con objeto de estudiar y coordinar las medidas necesarias para contribuir a la celebración de dicho evento y apoyar la candidatura, el 1 de octubre de 2003 se constituyó el denominado Consorcio Valencia 2007, mediante convenio de colaboración suscrito por la Administración General del Estado, la Generalitat Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia.

Finalmente, en el mes de Noviembre de 2003, la ciudad de Valencia fue designada como sede de la 32ª America's Cup.

La elección de Valencia como sede motivó, dada la importancia de un acontecimiento de tales características, que se hiciera necesario modificar la estructura de la administración de la Generalitat Valenciana para la más óptima organización y desarrollo del evento. Creándose a tales efectos un específico órgano con funciones de impulso y coordinación, que se denominó Comisionado Especial para la Copa América.

Para ello se dictó el Decreto 238/2003, de 5 de diciembre, del Consell de la Generalitat (DOCV núm. 4646 de 09.12.2003) que modificó la estructura de la Administración de la Generalitat para la organización y desarrollo de la Copa América 2007 y, en su artículo 2, punto primero, creó la figura del Comisionado especial para la Copa de América 2007.

De conformidad con el artículo 2.1 del mencionado Decreto, dicho órgano dependía, en un principio, de la Directora del Gabinete del Presidente y, según el apartado 2, del precepto citado, ejercería la función de "impulsar, coordinar y unificar los criterios de actuación de los distintos departamentos de la administración de la Generalitat en cuantas actuaciones se refieran a la celebración de la Copa América 2007 e impulsará relaciones de cooperación con cuantas instituciones públicas o privadas participen o se incorporen a dicho evento".

Mediante el Decreto 244/2003, de 5 de diciembre, del Consell de la Generalitat (DOCV núm. 4646 de 09.12.2003), se nombró a D. Eugenio Pérez Mifsud, Comisionado especial para la Copa América 2007. Y, mediante Decreto 131/2005, de 2 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se modifica la estructura de la administración de la

Generalitat (DOCV núm. 5087 de 07.09.2005), se encuadró al Comisionado Especial para la Copa del América 2007 en la estructura de la Secretaría Autonómica de Relaciones con el Estado y Comunicación.

El Comisionado especial para la Copa de América 2007 desapareció como órgano directivo tras el Decreto 92/2007, de 6 de julio, del Consell, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las conselleries de la Generalitat (DOCV núm. 5551 de 09.07.2007) ya que dicha norma organizativa no lo contempló en el organigrama de la Administración de la Generalitat. Lo anterior conllevó el cese de la persona que ocupaba dicho cargo, D. Eugenio Pérez Mifsud, por Decreto 93/2007, de 6 de julio, del Consell, mediante el que se acordó el cese y nombramiento de altos cargos de la administración de la Generalitat. 2007/9062 (DOCV número 5551 de fecha 09.07.2007).

En virtud del decreto 238/2003 de 5 Diciembre del Consell Generalitat Valenciana se crea la Comisión Interdepartamental para la Copa América 2007, órgano adscrito a la Consellería de Economía Hacienda y Empleo, con el objetivo de coordinar e impulsar las acciones que realicen las distintas Consejerías, concernientes a la organización y desarrollo de la Copa América, y también asesorar en estas materias al Consell de la Generalitat.

La Comisión Interdepartamental establece los criterios generales de coordinación, seguimiento y evaluación de las actuaciones que se impulsen con ocasión de la organización y desarrollo de la Copa del América Valencia 2007, en el ejercicio de las competencias propias de la Generalitat, y en particular:

a. Proponer al Secretario Autonómico de Eventos y Proyectos la ejecución de actuaciones específicas desde los distintos departamentos de la Generalitat.

b. Informar el plan específico y el programa de actuaciones a realizar para la celebración de la Copa del América, con carácter previo a la remisión del mismo al Consell de la Generalitat para su aprobación.

c. Supervisar el desarrollo del referido plan, garantizando el correcto funcionamiento del mismo así como su posterior evaluación.

d. Conocer los planes y programas que desde otras Administraciones Públicas y entidades privadas pudieran realizarse así como establecer las formas de coordinación adecuadas que permitan una mayor eficiencia de las acciones.

e. Cuantas otras funciones le sean atribuidas reglamentariamente, así como todas aquellas que se deduzcan de su naturaleza de órgano asesor.

En virtud del mismo Decreto 238/2033, se modifica el Reglamento Orgánico y Funcional de la Presidencia de la Generalitat introduciendo un nuevo artículo cuyo texto es el siguiente: “El Comisionado especial para la Copa América 2007 ejercerá la función de impulsar, coordinar y unificar los criterios de actuación de los distintos departamentos de la administración de la Generalitat en cuantas actuaciones se refieran a la celebración de la Copa América 2007 e impulsará relaciones de cooperación con cuantas instituciones públicas o privadas participen o se incorporen al evento”

2.-CONTACTOS PREVIOS ENTRE El INSTITUTO NÓOS Y LA ADMINISTRACIÓN.

En fecha no precisada, pero posterior a Noviembre de 2003, y por tanto conocido ya que Valencia era Sede Oficial de la antedicha competición, D. Ignacio Urdangarin mantuvo una conversación con la entonces Alcaldesa de Valencia, Doña Rita Barberá, en el curso de la cual, le comentó su reciente incorporación al Instituto Nóos y los proyectos que pretendía desarrollar a través de dicha entidad. Concretamente, la organización de un foro internacional sobre gestión de grandes encuentros deportivos, -exponiéndole cómo las ciudades podían aprovechar su impacto económico y publicitario-, del que Valencia podría ser sede, lo que sería de interés para la ciudad en tanto le permitiría capitalizar su condición de sede de la Copa América.

Doña Rita Barberá mostró interés en la idea, si bien trasladó a D. Ignacio Urdangarin la necesidad de que se materializara en un proyecto más concreto, sin que resulte acreditado que se formalizara entre ambos y, en dicho momento, un acuerdo verbal de materialización de un convenio para llevar a cabo dicho Foro. Ello no obstante, la alcaldesa remitió a D. Ignacio Urgandarin a la FTVCB y a CACSA por ser los organismos y entidades a las que, en el marco de la comunidad valenciana, podría interesarles la idea.

Al mismo tiempo, o bien en una fecha anterior, Dña. Rita Barberá trasladó a D. Ignacio Urdangarin su preocupación por la gestión de diversos temas con el Equipo Suizo Alinghi, ofreciendo éste último la colaboración de D. Juan Pablo Molinero, trabajador del Instituto Nóos y experto jurídico en patrocinios deportivos.

Tras dicha reunión, D. Ignacio Urdangarin, en fecha 16-01-2004 remitió a Dña. Rita Barberá una carta en la que agradecía la aportación de la alcaldesa y reiteraba el ofrecimiento de los servicios profesionales de D. Juan Pablo Molinero.

No ha quedado acreditado que D. Ignacio Urdangarin se reuniera conjuntamente con Doña Rita Barberá y con D. Francisco Camps, en aquel momento Presidente del Govern de la Generalitat Valenciana.

Ni, en consecuencia, que se produjera un encuentro entre todos ellos en el Palacio de la Zarzuela el día 29 de enero de 2004. Ello no obstante, la idea de realizar el Foro de ciudad y deporte se trasladó de algún modo a la Generalitat, por cuanto D. Diego Torres y D. Ignacio Urdangarin lograron reunirse con distintas autoridades e instituciones, al objeto de exponer su proyecto. Hasta que, finalmente, D. Diego Torres se reunió con el Sr. Lobón, Secretario de Eventos y Proyectos, y con el Sr. Aguilar, en esos momentos Director General de CACSA, explicándoles su idea de celebrar un congreso sobre Turismo y Deporte en Valencia con participación de destacadas personalidades de relevancia internacional que podía suponer un atractivo para la proyección de la ciudad. Así como el importe económico que comportaba la financiación de dicho evento.

En fecha 14-04-2004, D. Ignacio Urdangarin remite una carta suscrita por él mismo, en representación del Instituto Nóos, dirigida a D. Francisco Camps en la que interesa la pronta información sobre confirmación del proyecto, a fin de poder cerrar agendas de los ponentes en caso afirmativo y, en caso negativo poder informar a sus colaboradores. Dicha carta, tuvo entrada en Presidencia, dándose traslado de la misma al Comisionado Copa América, sin que haya resultado acreditado que la recibiera personalmente D. Francisco Camps.

En la entidad CACSA la propuesta fue aceptada por su Director General, D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno del Sr. Lobón. Si bien se decidió no afrontar la totalidad de financiación económica, sino que ésta se compartiría con FTVCB al existir un Convenio entre ambas, no habiendo quedado acreditado que el único motivo para aceptar la financiación de las cumbres fuera que la persona que las ofrecía, D. Ignacio Urdangarin, disfrutaba de un privilegiado posicionamiento institucional, con ocasión de su proximidad a la Jefatura del Estado, y tuvieran la intención de favorecerle por tal motivo. Siendo igualmente posible que la decisión se adoptara en atención a que el evento diseñado por el Instituto Nóos- referido a turismo y deporte- se ajustaba a lo que por el responsable político Sr. Lobón y el gestor Sr. Aguilar, como Director General de CACSA, SA, se consideraron necesidades de la ciudad de Valencia por haber sido elegida como sede de la Copa América; y junto a ello pudo influir de forma decisiva la fiabilidad que aportaba la persona de D. Ignacio Urdangarin por su posición social y el área de influencia a la que tenía acceso, dada su condición de ex deportista de élite, sus relaciones con los principales dirigentes que regían los organismos del deporte mundial, con ocasión del cargo de vicepresidente del COE que ostentó y, la solidez del proyecto presentado en el transcurso de la reunión. Todo ello unido al beneficio que para la promoción de la ciudad de Valencia se podría derivar de la celebración de las cumbres que pretendía organizar.

Paralelamente, la propuesta (DESAFIO), que no es descartable que se hubiera ya comentado por Dña. Rita Barberá en reuniones del consejo rector del consorcio o en el comisionado, le fue trasladada al Sr. Grau por el Sr. Lobón en el curso de algunas de sus respectivas responsabilidades oficiales y actos en los que coincidían, informándole de la existencia del proyecto del Instituto Nóos, y la posibilidad de que junto con CACSA fuera patrocinado por la "Fundación Turismo Valencia", dado el convenio de colaboración que ambas entidades -CACSA y FTVCB- tienen entre sí.

Así las cosas, el Proyecto DESAFIO (o el texto del convenio) llegó a FTVCB, procedente de CACSA, siendo analizado en el seno de la comisión ejecutiva de la FTVCB por su presidente D. Alfonso Grau, y por D. José Salinas Novella, como Director Gerente de la misma, al objeto de determinar si era factible legalmente desarrollar y participar en la financiación de dicho proyecto, decidiendo ambos integrantes de la Comisión someterlo a la consideración de la Junta de Patronos de la FTVCB.

Ello tuvo lugar en la Junta Ordinaria del Patronato de la FTVCB celebrada el 6 de Mayo de 2004, en cuyo seno y mediante acuerdo adoptado con el voto favorable de la totalidad de los asistentes a la mencionada sesión, se acordó participar "en la propuesta recibida de colaboración con CACSA y el Instituto NOOS en el patrocinio de una cumbre internacional sobre ciudades y deporte, siendo aprobadas las propuestas por los presentes".

Posteriormente, la aludida decisión del Patronato de la Fundación se ratifica por nueva Junta de Patronos celebrada en fecha 18 de Noviembre de 2004.

D. Alfonso Grau Alonso participó en la primera de las Juntas con 17 votos de los 61 que se emitieron en la asamblea de 6 de Mayo de 2004; y con 17 votos de los 72 que se emitieron en la asamblea general de 18 de Noviembre de 2004.

A partir de entonces el Instituto Nóos por medio de D. Juan Pablo Molinero, D. Mario Sorribas y Dña. Mayte Zazo y, la FTVCB a través de D. José Salinas y D. Jaume Mata, trabajaron en la concreción de los detalles del diseño y en los aspectos logísticos del evento de 2004.

Al propio tiempo se produjeron una serie de contactos entre el personal de CACSA, SA y de FTVCB para tratar cuestiones relativas a los acuerdos a suscribir, entre otros, la distribución entre ambas entidades del importe de los gastos a satisfacer y la ubicación de las sedes en que tendrían lugar las cumbres, por cuanto recibieron la confirmación de la ejecución del proyecto, pese a que el convenio no había sido firmado.

3.-FIRMA DE LOS CONVENIOS:

Con fecha 8 de septiembre de 2004, D. José Manuel Aguilar, actuando en nombre y representación de CACSA, SA, D. José Salinas Novella, que lo hacía en nombre y representación de la FUNDACIÓN TURISMO VALENCIA CONVENTION BUREAU, y D. Diego Torres Pérez, actuando en nombre del Instituto Nóos, suscribieron lo que se denominó "convenio de colaboración" para la celebración del evento "Valencia Summit": Cumbre internacional sobre ciudades y deporte"; teniendo el Instituto Nóos la consideración de "organizador" y FTVCB y CACSA la de "Colaboradores".

En el apartado quinto del expositivo del convenio se hizo alusión a la finalidad que perseguían tanto CACSA, SA como FTVCB, haciendo constar que *"las partes en el ámbito de sus respectivas actividades, están interesadas en la promoción de la ciudad de Valencia como destino turístico cultural y deportivo. Así, FTVCB y CACSA, S.A., están diseñando la realización de una intensa labor de comunicación, explotación y proyección de la imagen exterior de Valencia en paralelo con la 32ª América's Cup. En estas circunstancias FTVCB y CAC, S.A se plantean la necesidad de desarrollar actuaciones complementarias a la competición deportiva propiamente dicha, que permitan rentabilizar la condición de sede del evento".*

En el pacto tercero del convenio suscrito, se acordó que tanto CACSA como la FTVCB realizarían una aportación económica fija de 450.000.- €, a la que se denominó canon, que se debía pagar en su mayor parte, tras la celebración de los eventos. Y una cantidad variable, hasta una cantidad máxima fijada en el momento de la firma, en gastos de logística (iluminación, azafatas, alojamiento, viajes, etc.). Se estableció una duración inicial desde la fecha de la firma del convenio, hasta el 31 de diciembre de 2004; fijándose igualmente todos los demás derechos y obligaciones de las partes en relación con lo que era objeto del convenio, reservándose tanto CACSA, SA como la FTVCB, la posibilidad de supervisar su imagen publicitaria en los eventos (pacto quinto del convenio). Por su parte, el Instituto Nóos se comprometía a publicitar la imagen de Valencia durante la celebración de las cumbres y, en actos posteriores. Pactándose la posible celebración anual de los eventos entre los años 2004 a 2007.

La entidad CACSA, SA, en tanto sociedad con ánimo de lucro y sujeta al derecho privado, -según sus estatutos-, en la fecha de los hechos no aplicaba la normativa de

contratos de la administración pública a todas sus relaciones jurídicas ni a toda la contratación que formalizaba, habiendo suscrito previamente otros convenios de colaboración sujetos al derecho privado.

Seguidamente, D. José Manuel Aguilar, tras la referida reunión trasladó la información a la Jefa del Departamento Jurídico para que el personal correspondiente realizara las actuaciones necesarias para plasmar documentalmente la intención de colaborar en la realización del evento propuesto. Con la misma finalidad, la entidad FTVCB trasladó la decisión al órgano de gestión.

No ha quedado acreditado que en el seno de CACSA, SA, D. Luís Lobón ordenase a D. José Manuel Aguilar Colás que, tramitase un Convenio de Colaboración con el Instituto Nóos por el importe y en las condiciones propuestas por el representante de esta última entidad, sin efectivo control en la determinación del canon que se fijó. Así como tampoco, que la financiación solicitada para llevar a cabo el evento fuera desproporcionada, en relación a otros acuerdos similares suscritos en la entidad. Ni que la fórmula del Convenio de Colaboración fuera elegida para orillar deliberadamente la Ley de Contratos de la Administración Pública, al objeto de obviar la realización de un concurso público y poder beneficiar directamente al Instituto Nóos.

La responsable de los Servicios Jurídicos de CACSA, SA durante los años 2004, 2005 y 2006 no puso ningún reparo al borrador del convenio del que tuvo conocimiento en el año 2004. Ni a las *addendas* suscritas en los 2 años posteriores.

Los expedientes de contratación en CACSA, SA se gestionaban y documentaban por medio de un sistema informático denominado SAB que también se aplicó a la contratación del Valencia Summit. Dicha entidad tenía interés en la celebración del convenio por entender que él mismo se ubicaba dentro de sus objetivos sociales, como empresa pública mercantil, cuyos estatutos integran en su objeto social, la promoción, organización y gestión de la explotación de las actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias de Valencia.

La entidad para cumplir sus objetivos promocionales ha colaborado económicamente en otros eventos relacionados con actividades deportivas como La Vuelta Ciclista, Levante Unión Deportiva, habiendo formalizado en el mismo año 2004 39 convenios de Colaboración; 27 en el año 2005; y 17 en el año 2006.

La participación de CACSA, SA en la cumbre Valencia Summit fue conocida y asumida por el consejo de administración de la entidad y fue convalidada por el Gobierno Valenciano, al incluirse expresamente dentro del denominado Plan de acción del Consell para la Copa América, en el que se hace constar expresamente que las acciones aprobadas contribuyen tanto a la realización de nuevos proyectos como a acelerar otros ya previstos con anterioridad.

La entidad CACSA, SA estaba sometida a control de fiscalización posterior mediante auditoría de la IGAE o de empresas privadas por delegación de la misma.

4.- EJECUCIÓN DEL CONTRATO:

Los pagos en concepto de canon para el Instituto NOOS se llevaron a cabo tanto por CACSA, SA como por FTVCB, con posterioridad a la celebración de los eventos, que se celebraron en Valencia los días 27, 28 y 29 de Octubre de 2004 y, en los correlativos correspondientes a los años 2005 y 2006. Por tanto, después de constatar la celebración de los mismos, la realidad de las actuaciones materializadas, y que lo que se había previsto en el proyecto se había llevado a cabo; sin que se fijara en el contrato la obligación de justificar el destino de la cantidad entregada. A la que se denominó canon, denominación a la que también se hace mención en un acta del Consejo Rector en referencia al patrocinio de la Copa América.

5.- SUSCRIPCIÓN DE LAS ADDENDAS de 2005 y 2006:

En el primer Convenio suscrito se previó la celebración anual de los Foros, si bien al propio tiempo las entidades CACSA y FTVCB se reservaron de forma expresa en el precitado Convenio de 2004, la posibilidad de no renovarlo. No obstante -dado que la primera de las ediciones se había celebrado de forma satisfactoria-, D. Jorge Vela, a la sazón recién incorporado como Director General de CACSA, tras el cese de D. José Manuel Aguilar Colás, con aprobación el Consejo de Administración de la entidad que dirigía, y tras obtener la información necesaria sobre el cumplimiento de las expectativas del convenio anterior, decidió la renovación del acuerdo. Conduciéndose de modo análogo los gestores de la FTVCB.

A tales efectos, con fecha 3-10-2005 se suscribió el segundo convenio de colaboración al que se le dio forma de “addenda” en la que se mantuvo esencialmente la vigencia del texto anterior, con idénticos importes y forma de pago del canon, si bien se introdujeron modificaciones para puntualizar la contribución a los gastos de cada una de las entidades colaboradoras.

En el seno de CACSA, SA la decisión de mantener el convenio la tomó D. Jorge Vela con el visto bueno de D. Luís Lobón y de D. Gerardo Camps, ambos miembros del Consejo de Administración de la entidad. Éste último, ocupaba el cargo de Consejero de Economía, y formalizó la propuesta en la que se incluyó el proyecto relacionado con el evento denominado Valencia Summit dentro del Plan de Acción para la Copa América con carácter previo a obtener la información necesaria sobre el cumplimiento de las expectativas del convenio anterior.

La adenda de 2005 fue supervisada por la asesoría jurídica de CACSA y firmada por D. Jorge Vela en representación de dicha entidad, D. José Salinas Novella por la FTVCB y por D. Diego Torres en representación del Instituto Nóos. La cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido realizada en los términos acordados.

El mismo procedimiento se siguió para suscribir la addenda del año 2006, lo que se hizo previa constatación de que se habían cumplido los objetivos promocionales de la edición anterior. El documento se firmo el día 8 de mayo de 2006. Como ocurriera con las

ediciones anteriores, la cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido realizada en los términos acordados.

Los pagos de CACSA, SA se hicieron con cargo a la cuenta 627, -publicidad y promoción- y en su mayor parte en fecha posterior a la celebración de las cumbres.

En el Informe de Fiscalización del Sindicatura de Cuentas de la Generalitat Valenciana correspondiente al año 2005 se llevó a cabo, entre otros, la fiscalización del convenio de 2005. En su informe la Sindicatura, advierte irregularidades que califica de formales, sin dar lugar a responsabilidad ni cuestionar la adecuación ni la realidad del gasto.

Entre dichas irregularidades detecta la necesidad de justificar de forma suficientemente motivada la oportunidad del evento, la determinación del precio acordado, la necesidad del gasto y la oportunidad y conveniencia de la no aplicación de los principios de objetividad, concurrencia y publicidad.

Como consecuencia de lo anterior, D. Jorge Vela solicitó a Dña. Elisa Maldonado que, previas las comprobaciones oportunas, elaborase un informe justificativo del evento realizado en el año 2005, al objeto de dejar constancia en el expediente.

Como quiera que la misma no había intervenido (o únicamente en aspectos puntuales) en la elaboración del Convenio inicial y en la addenda, confeccionó el Informe tras tomar conocimiento de la información que constaba en la entidad referida al Programa de la Cumbre, lista de personas que habían participado, como conferenciantes y observadores, entre ellos personalidades del mundo académico y deportivo, dossier de prensa en el que se plasma la repercusión del evento en los distintos medios de comunicación, y que incluye el texto de las noticias y artículos publicados. E igualmente, se informó a través de la responsable del departamento de prensa de CACSA, elaborando con base en dicha información el informe de fecha 1-09-2005.

Dña. Elisa Maldonado, con ocasión de la confección de dicho informe se percató de que no constaba informe alguno justificativo del evento que se había celebrado en el año 2004, circunstancia que comunicó a D. Jorge Vela, confeccionando con el mismo contenido, pero modificando la fecha, un informe para el año 2004 que se unió al expediente.

El informe relativo a la cumbre celebrada en el año 2006 lo elaboró D. Elisa Maldonado en Abril del año 2007 por el mismo procedimiento, esto es, con posterioridad a la celebración de los eventos y a partir del análisis de la documentación que se le facilitaba.

Los Valencia Summit en sus tres ediciones se celebraron de forma satisfactoria, dejando constancia en el expediente de la información necesaria para valorar el retorno, sin que conste acreditado que no se cumplieran las expectativas pretendidas consistentes en promocionar la imagen de Valencia como destino turístico.

IV. PROYECTO JUEGOS EUROPEOS

Coetáneamente a los convenios de colaboración relacionados con los eventos denominados Valencia Summit, aproximadamente en verano de 2005, se impulsó otro evento deportivo que recibió el nombre de Juegos Europeos. La ideación del proyecto nació de D. Miguel Zorío Pellicer quien lo dio a conocer a los representantes políticos de la

Comunidad Valenciana. Tras una serie de encuentros entre D. Víctor Campos Guinot, vicepresidente del gobierno valenciano, D. Francisco Camps, Presidente de la Generalitat, D. Miguel Zorío Pellicer y los representantes del Instituto Nóos, a quienes el Sr. Zorío introdujo en el proyecto con ocasión de haberles encomendado la elaboración de un estudio acerca de su viabilidad, requerido por los responsables políticos, en el mes de Septiembre de 2005, D. Francisco Camps, con motivo de una sesión parlamentaria en la sede de Les Corts Valencianes, anunció el proyecto, sometiéndose a votación de la Cámara.

Una vez aprobado y, con la misma finalidad de favorecer la proyección internacional de la ciudad de Valencia con ocasión de la celebración de la 32ª America´s Cup, en fecha 23 de diciembre de 2005 se suscribió un convenio de colaboración para la preparación de la candidatura de la Comunidad Valenciana como sede de la primera edición de los Juegos Europeos, entre la Generalitat Valenciana, representada por el Vicepresidente del Consell, D. Víctor Campos Guinot, facultado para la realización de tal acto por acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 23.12.2005; La Sociedad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, SA, representada por D. Esteban González Pons, en su condición de consejero delegado, en ejercicio de las facultades que le fueron delegadas mediante acuerdo del consejo de administración de fecha 15.12.2005; y, la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, representada por D. Diego Torres Pérez, facultado para tal acto por acuerdo de la Junta Directiva de fecha 26 de Noviembre de 2005.

En el texto de dicho convenio se hacía constar que tanto la Generalitat Valenciana como la Sociedad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, SA estaban interesadas en contar con la colaboración del Instituto Nóos en el diseño de un gran evento de carácter internacional y de nueva creación (denominado genéricamente Juegos Europeos), cuya primera edición se disputara en Valencia, que permitiera proyectar y potenciar la imagen de la Comunidad Valenciana en el mundo, como referente en la organización de grandes eventos deportivos.

Asimismo se indicaba que el objetivo principal consistía en el fomento de todas las actuaciones que se llevaran a cabo por parte del Instituto Nóos que constituyeran el diseño y elaboración del dossier de la candidatura de la Comunidad Valenciana como sede de la Primera Edición de los Juegos Europeos. Así como el conocimiento de las posibilidades reales de la Comunidad Valenciana como sede de los Juegos Europeos, a la presentación del proyecto ante instituciones olímpicas y deportivas españolas y europeas y, en su caso, recabar los apoyos que pudieran ser necesarios.

En el expositivo del convenio (concretamente en su cláusula segunda) se hacían constar las actividades que realizaría el Instituto Nóos y serían objeto de subvención mediante el precitado convenio:

1. Creación de la Oficina técnica del proyecto.
2. Contratación de asesores conocedores de la problemática olímpica de los 45 países pertenecientes a la asociación de comités olímpicos europeos.
3. Contratación del personal requerido para la gestión del proyecto.
4. Confección del dossier de la candidatura y documentación anexa.

5. Presentación del dossier ante organizaciones y estamentos deportivos nacionales e internacionales.

6. Favorecer la presencia del proyecto en foros internacionales.

7. Diseño de la imagen corporativa de la candidatura.

8. Implementación de las acciones protocolarias que fuesen necesarias según las costumbres del movimiento olímpico.

9. Asesoramiento estratégico a los órganos decisorios de la Comunidad en cuantas cuestiones pueden ser de su interés en relación con la candidatura de Juegos Europeos.

10. Asesoramiento en la puesta en marcha de las acciones que puedan contribuir a la potenciación y optimización de las ventajas estratégicas para la comunidad valenciana en el ámbito internacional, derivadas de la celebración en la ciudad de Valencia de la Copa América 2007. De un modo particular, tendrán en cuenta las repercusiones de estas ventajas en los países de abanderamiento de las embarcaciones que compiten en este evento y, de modo singular, en China.

Para llevar a cabo tales actuaciones, la Cláusula tercera del mismo convenio, preveía que la Generalitat Valenciana, a través de la Presidencia, realizara una aportación de 4.800.000 euros al Instituto Nóos, para gastos corrientes con cargo al capítulo IV de los presupuestos de la Generalitat para los ejercicios 2006 y 2007. Y, otra, por importe de 1.200.000 euros para gastos de inversión, con cargo al Capítulo VII de estos mismos presupuestos.

La duración del convenio se fijó en el marco temporal comprendido entre el día 1.1.2006 y el día 31.12.2007, prorrogable anualmente a su vencimiento. Estableciéndose que el convenio se regiría por las normas contenidas en la Ley General de Subvenciones de la Generalitat Valenciana, en el TRLHPGV, legislación presupuestaria y de convenios de la Generalitat y demás normas de derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado.

Disponiéndose expresamente, que la justificación del gasto se llevaría a cabo de conformidad con lo prevenido en el art. 30 LGS, y siempre con anterioridad al 31.12.2006.

La colaboración del Instituto Nóos con la mercantil Lobby de Comunicación, propiedad de D. Miguel Zorío, para la realización de un estudio inicial sobre la viabilidad del mismo y el hecho de que, una vez suscrito el convenio, el Instituto Nóos encomendara a la referida mercantil la realización de un plan de comunicación, propició la existencia de una serie de relaciones internas entre el Instituto Nóos y Lobby de Comunicación, SL, materializadas finalmente en el contrato suscrito entre ambas partes en fecha 1.1.2006, en el que se sustentó la confección de una factura de fecha 31.7.2006 por importe de 241.971,30 euros, abonada por la administración valenciana.

El proyecto, finalmente, no resultó viable debido a que concurría con la candidatura de la ciudad de Madrid como sede de los JJOO, siendo abandonado por los responsables políticos de la Comunidad Valenciana, hasta en dos ocasiones, en favor de aquélla candidatura, aconsejados por los responsables del Comité Olímpico Español acerca de las

vicisitudes que, para su efectiva consecución, supondría la presentación simultánea de dos candidaturas por parte de un mismo país.

Ello no obstante, el Instituto Nóos presentó al cobro las facturas correspondientes a las actividades que estimó ejecutadas hasta la fecha en la que se descartó definitivamente el proyecto.

La administración valenciana advirtió la falta de justificación documental de determinadas prestaciones que fueron facturadas, circunstancia que fue comunicada a los representantes del Instituto, indicándoles que la ausencia de justificación del gasto provocaría el rechazo de las facturas presentadas. Este hecho motivó que, con la intermediación de D. Miguel Zorío, se concertara una reunión entre Dña. Isabel Villalonga, Subsecretaria de Presidencia de la Generalitat Valenciana, Dña. Ana Brusola, Secretaria General Administrativa, Dña. Irene Chova, interventora y, D. Marco A. Tejeiro, en representación del Instituto Nóos, con la finalidad de clarificar el modo en el que debía ser justificado el gasto por parte del órgano subvencionado.

El rechazo inicial de las facturas en las que se reflejaban prestaciones que no se consideraron debidamente justificadas motivó que, en fecha 17 de Abril de 2006, D. Diego Torres Pérez remitiera a D. Marco A. Tejeiro un correo electrónico interno, en el que figura como asunto:"Facturas Proforma", y puede leerse:

"Marco: Lo que está sucediendo con el proyecto de Juegos es un desastre. El director es Toni, pero tú no permitir que haya tantos errores. No puede ser que después de contratar un servicio y pagarlo nos enteremos de que no nos lo pueden pagar a nosotros por problemas de forma. Tenéis que conocer bien el proceso y hacerlo bien a la primera. Pedid una reunión con quien sea, que os asesoren sobre cómo hacerlo bien. Y yo no contrataría en firme nada más sin antes pedir una factura proforma y enseñársela previamente a los funcionarios que lo han de validar. Sólo si os aseguran que esos documentos cumplen todos los requisitos formales y que son pagables, entonces haced el pedido al proveedor y que os emitan la factura correspondiente. Hasta luego. Diego Torres".

Siguiendo las indicaciones anteriores, D. Marco A. Tejeiro, con fecha 30 de mayo de 2006, remite un correo electrónico a Dña. Patricia Corrons, directora general de Sociedad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, SA, en el que puede leerse: "Buenas tardes, Patricia. Mañana por la mañana te llegará por mensajero una muestra de facturas de gastos en los que el Instituto Nóos ha incurrido para el proyecto Juegos Europeos. Por favor, revísalos y si ves que la forma de presentarlos es correcta me lo dices, y si hay que corregir la forma de presentación me lo comentas. Espero tus comentarios. Un cordial saludo. Marco Tejeiro".

Finalmente, Dña. Isabel Villalonga, consultándolo previamente con las Sras. Brusola y Chova, Secretaria General Administrativa e Interventora, respectivamente, decidió rechazar el pago de un número importante de facturas presentadas por el Instituto Nóos, por no estimar justificado el gasto, de conformidad con las exigencias normativas que resultaban de aplicación.

Pese a ello, no ha resultado acreditado que los representantes del Instituto Nóos pretendieran el pago de prestaciones que no habían sido efectivamente ejecutadas, con cargo a los presupuestos de la Generalitat Valenciana.

3.- HECHOS PROBADOS RELATIVOS A LA COMUNIDAD DE MADRID.

La candidatura de la ciudad de Madrid como sede de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos que se iban a disputar en verano de 2016 motivó que, con fecha 8 de Septiembre de 2006, se constituyera la Fundación Madrid 16, como una fundación privada, sin fin lucrativo, que tendría por objeto elaborar y presentar, conjuntamente con el Comité Olímpico Español, tal candidatura. Con un capital fundacional de 30.000 euros, aportado como dotación inicial, respecto del que se dispuso una previsión estatutaria expresa de ser aumentado si resultara preciso y, cuyo patrimonio se afectó de forma duradera a la realización de los fines indicados.

El Patronato de la Fundación Madrid 16 se hallaba integrado por representantes de la Administración del Estado, de la Comunidad de Madrid, del Ayuntamiento de Madrid, de asociaciones empresariales y sindicales, del Comité Olímpico Español y del Comité Paralímpico, siendo nombrado presidente de la Junta de Patronos el Alcalde del Ayuntamiento de Madrid. Cargo que, en aquellas fechas, ostentaba D. Alberto Ruíz Gallardón.

Asimismo la fundación contaba con un Director General, siendo nombrado para desempeñar tal función, D. Miguel de la Villa Polo, en aquellas fechas Director General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid y, con un Director Financiero. Cargo este último, para el que fue nombrado D. Gerardo Corral Cuadrado.

Paralelamente a la creación de la Fundación Madrid 16, el Ayuntamiento de Madrid aprobó en el pleno celebrado con fecha 13 de Noviembre de 2006, la constitución de la Sociedad Anónima Madrid 16, SA, cuyo objeto social venía integrado por la realización de todas aquellas actividades que resultaran necesarias para la preparación de la candidatura. El Ayuntamiento de Madrid nombró como consejera delegada de la sociedad a Dña. Mercedes Coghen y, como director general, a D. Antonio Fernández Arimany.

En fecha no determinada del mes de Enero de 2007, D. Ignacio Urdangarin Liebaert, en representación de la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social, contactó con Dña. Mercedes Coghen -a quien conocía por haber sido ambos miembros del Comité Olímpico Español- y le propuso colaborar activamente con la Fundación Madrid 16.

Tras varios contactos entre D. Mario Sorribas, en representación de la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social (en adelante FDCIS) y Dña. Mercedes Coghen, se concertó una reunión con el objeto de concretar una posible colaboración entre ambas fundaciones.

Tal reunión tuvo lugar en el mes de abril de 2007 y, a ella asistieron D. Ignacio Urdangarin, D. Diego Torres Pérez, Dña. Mercedes Coghen, D. Miguel de la Villa Polo, D. Antonio Fernández Arimany y D. Gerardo Corral Cuadrado. En el curso de dicha reunión los representantes de la FDCIS ofrecieron a la Fundación Madrid 16 la realización de tareas

propias de un lobby, dirigidas a la realización de toda una serie de acciones tendentes a influir ante los miembros del Comité Olímpico Internacional, con la intención de que éstos adoptaran decisiones favorables a los intereses de la candidatura. Se concretó que tal función la asumiría D. Ignacio Urdangarin quien, con ocasión de su condición de deportista de élite, su vinculación al movimiento olímpico y su proximidad a la Jefatura del Estado, disponía de contactos e influencias al más alto nivel entre los miembros del Comité Olímpico Internacional, a quienes correspondía tomar las decisiones concernidas a la elección de la candidatura que iba a albergar la sede de los mencionados juegos. Tangencialmente, en la misma reunión, los representantes de la FDCIS ofrecieron la realización de acciones de consultoría y asesoramiento encaminadas a la definición de un mensaje estratégico de la ciudad de Madrid, para la preparación de la candidatura.

Como resultado de la reunión mantenida se decidió que la colaboración entre la Fundación Madrid 16 y la FDCIS se materializaría en un convenio, sin que, en aquél momento, se determinara la concreta contraprestación que recibiría la FDCIS.

Seguidamente, con fecha 7 de Octubre de 2007 se suscribió entre la Fundación Madrid 16, representada por D. Miguel de la Villa Polo y la FDCIS, representada por D. Diego Torres Pérez, un convenio marco de colaboración, con una duración temporal de dos años, en el que ambas partes se comprometieron a colaborar con la realización de las siguientes acciones:

1.- Aunar esfuerzos y recursos para impulsar la utilización del deporte como herramienta de integración social de colectivos desfavorecidos, contribuyendo de esta forma a la creación y difusión de ideas innovadoras con el objeto de construir un futuro sostenible.

2.- Generar la colaboración mutua en áreas que constituyan fortalezas de cada una de las instituciones en la producción de investigaciones, estudios, publicaciones y cualesquiera otras iniciativas de interés común para ambas.

3.- Aprovechar, en lo que se considere relevante, el conocimiento de la realidad del deporte olímpico producto de la experiencia de Madrid 16, en el desarrollo de iniciativas basadas en el deporte para los fines compartidos con la Fundación.

4.- Aplicar las capacidades académicas y materiales de la Fundación al estudio y sistematización de experiencias sociales exitosas apoyadas en Madrid 16 a los fines de su ulterior difusión.

5.- Generar sinergias institucionales a través de la participación de Madrid 16 en aquellas instancias de la Fundación que ésta estime conveniente así como de su participación en el Encuentro Anual de la Fundación.

Por tratarse de un convenio marco de colaboración, su cláusula segunda, previó la concreción de las específicas actividades en las que consistiría la colaboración, mediante la elaboración y firma de un convenio de colaboración que se integraría en él como anexo, que nunca llegó a suscribirse.

En el período temporal comprendido entre la reunión habida entre las partes y la firma del convenio marco de colaboración, D. Ignacio Urdangarin Liebaert y D. Diego Torres Pérez interesaron de Dña. Mercedes Coghen la fijación de una contraprestación por las

actividades de Lobby y de asesoramiento por importe de entre 10.000 y 15.000 euros mensuales.

Ante tal requerimiento, Dña. Mercedes Coghen consultó con el director financiero de la Fundación Madrid 16, D. Gerardo Corral Cuadrado, si la contraprestación solicitada por los representantes de la FDCIS se ajustaba al precio de mercado, manifestándole éste que el precio habitual de mercado por la realización de tales acciones era de aproximadamente 6.000 euros.

Como consecuencia de la consulta efectuada, Dña. Mercedes Coghen decidió que el precio que sería abonado a los representantes de la FDCIS por la realización de tales acciones sería de 6.000 euros mensuales, comunicándoselo a D. Gerardo Corral Cuadrado quien, a su vez, se lo trasladó a D. Diego Torres Pérez que, finalmente, lo aceptó.

Seguidamente, los representantes de la FDCIS solicitaron a Dña. Mercedes Coghen que la cantidad de 6.000 euros, finalmente acordada, se materializase en la forma de donaciones mensuales que realizaría la Fundación Madrid 16 a la FDCIS. Tras el oportuno asesoramiento, Dña. Mercedes Coghen aceptó tal propuesta, entregando la Fundación Madrid 16 a la FDCIS por tal concepto, mediante transferencias realizadas entre el 31 de Octubre de 2007 y el 18 de Septiembre de 2009, la cantidad total de 114.000 euros. Sin que haya resultado probado que el precio finalmente satisfecho en concepto de donación excediera del habitual de mercado para las acciones de colaboración convenidas.

En el marco de las actividades acordadas, la FDCIS organizó una reunión en el Club de Campo de la Villa de Madrid, de un día de duración, interviniendo en su gestación y desarrollo D. Diego Torres Pérez y D. Mario Sorribas Fierro, en la que participaron diversos de departamentos del Ayuntamiento de Madrid, miembros de la candidatura y asesores externos. Un estudio de impacto sociológico y de posicionamiento estratégico en el que utilizaron el deporte como herramienta de inclusión y cohesión social y diversas actividades de consultoría (mensaje de la candidatura, Newsletters, colaboraciones en la formación del dossier de la candidatura, entre otras).

Por su parte, D. Ignacio Urdangarin Liebaert mantuvo diversos contactos con miembros del Comité Olímpico Internacional de cuyo resultado dio cuenta a Dña. Mercedes Coghen, con la que se reunió en varias ocasiones y, a Dña. Tania Suzene Paessler, Directora de Relaciones Internacionales de la Fundación Madrid 16.

4.- HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA.

Aproximadamente, a finales del año 2002, D. Diego Torres Pérez y D. Ignacio Urdangarin Liebaert, decidieron dedicarse conjuntamente al ejercicio de actividades empresariales relacionadas con la consultoría y el diseño y organización de eventos. Ambos acordaron que Diego Torres diseñaría los proyectos y asumiría tareas de dirección de la estructura y los recursos humanos y materiales. Mientras, Ignacio Urdangarin proyectaría su actividad en el ámbito institucional y comercial, proporcionando los contactos necesarios que, al más alto nivel institucional, su privilegiado posicionamiento le procuraba.

Con tal finalidad, adquirieron la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, SL (constituida en el año 2001 bajo la denominación Araujuzón, SL) y, una asociación denominada Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, actuando ambas entidades en el tráfico mercantil bajo la denominación común Nóos.

De los proyectos ofrecidos a terceros, desde el inicio de su actividad a finales de 2003 hasta finales de 2006 (sin perjuicio de los ingresos satisfechos en 2007 respecto de actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior) y, de modo exclusivo, durante los ejercicios 2005 y 2006, la mayor parte fueron convenidos con instituciones públicas a través, prioritariamente, de la Asociación Instituto Nóos. Sin embargo, cuando los terceros destinatarios eran clientes privados, operaban indistintamente a través de dicha asociación o de la sociedad mercantil.

D. Diego Torres y D. Ignacio Urdangarin en la ejecución de los proyectos convenidos operaron con terceros proveedores y, a través, de las mercantiles de su titularidad. Por un lado, D. Ignacio Urdangarin se sirvió de la mercantil Aizoon, SL, constituida en el año 2003 al 50% con su esposa, Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia y, en la que ostentaba el cargo de administrador único.

Por otro, D. Diego Torres Pérez se sirvió de las mercantiles Shiriaimasu, SL, Intuit Strategy Innovation Lab, SL y Virtual Strategies, SL, todas ellas propiedad y, administradas por el matrimonio formado por D. Diego Torres Pérez y Dña. Ana María Tejeiro Losada. Asimismo, D. Diego Torres Pérez utilizó la mercantil De Goes Center for Stakeholder Management Ltd, respecto de la que disponía de un apoderamiento especial para el ejercicio de trasacciones bancarias y financieras.

Dichas mercantiles propiedad de ambos socios, emitieron contra las entidades Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada y Nóos Consultoría Estratégica, SL un total de 425 facturas, desglosadas del siguiente modo:

-70 en el año 2004, por importe de 1.463.530,77 euros.

- 82 en el año 2005, por importe de 2.177.044,88 euros.

-118 en el año 2006, por importe de 2.282.859,76 euros.

-104 en el año 2007, además de 6 facturas que emitió De Goes Center for Stakeholder Management Ltd a la Asociación Instituto Nóos por importe global de 152.000 euros, ascendiendo la suma de todas ellas a la cantidad de 1.721.132,16 euros.

-45 en el año 2008, por importe de 412.225,48 euros.

En el período 2004-2005 en el que D. Ignacio Urdangarin ostenta la presidencia de la Asociación Instituto Nóos, las facturas emitidas por las mercantiles de las que son propietarios ambos socios, contra la Asociación Instituto Nóos y contra Nóos Consultoría Estratégica, SL comportan, aproximadamente, la tercera parte del total de los ingresos obtenidos conjuntamente por la Asociación y la sociedad mercantil. En tal sentido, D. Ignacio Urdangarin a través de los servicios facturados por la mercantil Aizoon, SL percibe la cantidad de 837.683, 42 euros y, D. Diego Torres, a través de las mercantiles de las que resulta ser propietario, la cantidad de 838.566,60 euros.

Posteriormente, a partir del 20 de marzo de 2006, fecha en la que se produce el abandono de D. Ignacio Urdangarin de los cargos que ostentaba en la Asociación Instituto

Nóos, si bien, la desvinculación formal de la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, SL no se produciría hasta el mes de julio de 2007, ambos socios deciden que D. Ignacio Urdangarin perciba la parte alícuota de sus honorarios a través de dietas de consejos de administración o de asesoramiento a clientes privados, además de los rendimientos obtenidos directamente como persona física. Asignándosele específicamente como clientes a Motorpress Ibérica y Telefónica. Aumentando tiempo después su cartera de clientes a Mixta África, Seelinger & Conde, Havas Sport y Altadis.

Mientras, D. Diego Torres Pérez mantuvo los rendimientos obtenidos por las actividades convenidas con instituciones públicas y por los clientes privados que se mantuvieran en la cartera de clientes de Nóos.

La escisión de la actividad de ambos socios provocó un descenso en la facturación de la mercantil Nóos Consultoría Estratégica, SL que pasa de una facturación global por importe de 1.662.844,09 euros, en el año 2005, a una facturación de 438.687,42 euros, en el año 2006.

No obstante el abandono formal de la Asociación y de la sociedad mercantil, hasta el año 2008, D. Ignacio Urdangarin continuó colaborando tanto en los proyectos en curso contratados con las instituciones públicas como en los nuevos que fueron diseñados. Y, participó en la FDCIS a través de la que se vehicularon los nuevos proyectos en los que D. Ignacio Urdangarin tuvo una activa participación.

Todas las entidades hasta el momento referidas se hallaban bajo el dominio real y efectivo de D. Diego Torres y D. Ignacio Urdangarin. Los socios de las respectivas mercantiles no participaban en la toma de decisiones, en la elaboración de los proyectos, en su presentación y venta a potenciales clientes, en la determinación de su precio ni en la confección de la facturación.

El pleno y absoluto control que D. Ignacio Urdangarin y D. Diego Torres ejercieron sobre las referidas mercantiles permite advertir que los responsables del beneficio económico generado a través del establecimiento de relaciones al más alto nivel y de sus aptitudes profesionales; y, en definitiva, quienes han asumido el riesgo empresarial, son ambos socios como personas físicas y, no las mercantiles de las que se servían, debiendo imputarse por tal causa los rendimientos obtenidos por el conglomerado Nóos a D. Diego Torres Pérez y a D. Ignacio Urdangarin como personas físicas.

D. Ignacio Urdangarin, en los ejercicios 2007 y 2008, percibió retribuciones procedentes de entidades privadas derivadas de su condición de consejero/asesor, facturadas a través de la mercantil Aizoon, SL, con la finalidad de ocultar que era perceptor de tales retribuciones en su condición de persona física, para obtener una disminución de la tributación en el Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, aplicándose un tipo impositivo inferior correspondiente a las sociedades. Asimismo se aplicó deducciones de gasto no relacionadas con la actividad, relativas al personal de su servicio doméstico y los del servicio doméstico de su asistente personal y, utilizó improcedentes beneficios fiscales relacionados con el criterio de libre amortización por contratación de personal.

La mercantil Aizoon, SL recibió en los ejercicios 2007 y 2008 los siguientes ingresos procedentes de entidades privadas:

-Motorpress Ibérica, SA: 209.148 euros en el ejercicio 2007 y 243.600,01 euros en 2008.

-Aceros Bergara, SA: 33.677,12 euros en el ejercicio 2007 y 35.444,96 euros en el ejercicio 2008.

-Mixta África, SA: 257.520 euros en el ejercicio 2007 y 83.520 euros en el ejercicio 2008.

-Pernod Ricard: 46.388,28 euros en el ejercicio 2007 y 81.591,25 euros en el ejercicio 2008.

-Havas Sports France: 50.000 euros, respectivamente, en los ejercicios 2007 y 2008.

-Sellinger & Conde: 48.720 euros en el ejercicio 2007.

Las retribuciones obtenidas en el ejercicio 2007 importan un total de 645.453,40 euros y las obtenidas en el ejercicio 2008, un total de 494.156,22 euros.

Todos los ingresos obtenidos por la sociedad Aizoon, SL durante los ejercicios 2007 y 2008, proceden de las mercantiles en las que D. Ignacio Urdangarin ejercía labores de asesoramiento o era miembro del consejo de administración, respecto de las que, salvo en algún concreto supuesto (en el que también se destaca que la labor de asesoramiento debía ser prestada por D. Ignacio Urdangarin con carácter personalísimo), no consta documentada la contratación. Si bien, de todos ellos resulta que las referidas sociedades contrataron a la persona física, en atención a su posicionamiento institucional y social.

Asimismo, de los gastos deducidos por Aizoon, SL en su Impuesto de Sociedades no aparecen relacionados gastos derivados del normal desempeño de la actividad de asesoría. Y, no consta que D. Ignacio Urdangarin, en su condición de administrador, percibiera remuneración alguna de la sociedad Aizoon, SL por el desempeño de funciones administrativas o directivas, ni cobro alguno por los socios en concepto de dividendos.

La cuota defraudada por D. Ignacio Urdangarin por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2007 importa la cantidad de 129.739,19 euros y, por el mismo impuesto, correspondiente al ejercicio 2008, la cantidad de 126.537,65 euros. Dichas cantidades son las resultantes de aplicar la deducción del 5% correspondiente a la aplicación de la deducción por provisiones y gastos de difícil justificación.

D. Diego Torres Pérez, en los ejercicios 2007 y 2008, con la finalidad de ocultar que era perceptor de retribuciones en su condición de persona física, facturó tales retribuciones a través de las sociedades de su titularidad, obteniendo así una disminución de la tributación en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, derivada de la aplicación de un tipo impositivo inferior correspondiente al impuesto de sociedades y, de la utilización de improcedentes beneficios fiscales relacionados con el criterio de libre amortización en la contratación de personal.

Ambos pretendieron crear la apariencia de nuevas contrataciones de personal para generar un aumento de gastos deducibles y la correlativa disminución de la base imponible y cuota del impuesto de sociedades para aplicar el beneficio de libertad de amortización previsto en el art. 109 TRLIS. Los traspasos de personal, respecto de los que -en las comunicaciones telemáticas habidas- se alude abiertamente a su falsedad y a la finalidad a la que, realmente, servían-, se llevaban a cabo con la exclusiva finalidad de aplicar la

libertad de amortización, sin que obedecieran en modo alguno a las necesidades derivadas de la actividad desarrollada por cada una de las mercantiles. Esto es, buscaban personas conocidas para hacerles contratos de trabajo ficticios que les permitían aparentar incrementos de plantilla (o mantenimiento de los anteriores aumentos), con idéntico propósito.

La cuota defraudada por D. Diego Torres Pérez, correspondiente a los ejercicios 2007 y 2008, no obstante mantener, según lo declarado, los rendimientos procedentes de ESADE, MARCOMBO y VIRTUAL EDUCATION SCP, considerar los impuestos satisfechos por cada una de las sociedades minorados en el importe de éstos que han permanecido en las mercantiles, según su liquidación, aplicar la deducción del 5% correspondiente a provisiones y gastos de difícil justificación y la deducción de la cuota satisfecha por Dña. Ana María Tejeiro en su declaración por IRPF relativa a los rendimientos de capital mobiliario derivados de los rendimientos repartidos del entramado Nóos, ascienden respecto del año 2007 a la cantidad de 344.768,62 euros y, respecto del año 2008, a una cantidad inferior a 120.000 euros.

Diego Torres Pérez realizó dos regularizaciones relacionadas con los movimientos de la cuenta andorrana: La cantidad de 147.800 euros mediante declaración complementaria de IRPF e IVA, que no llegaron a ser abonados. Y los ingresos en efectivo en concepto de dietas mediante declaración tributaria especial, modelo 750. Asimismo, en el ejercicio 2012, presentó una declaración tributaria especial, modelo 720 (declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero), relacionada con un depósito del que era cotitular junto con su esposa, Dña. Ana María Tejeiro. Dicho depósito arrojaba un saldo o valor en fecha 31 de diciembre por importe de 936.170 euros, siendo objeto de tal declaración tributaria especial, la mitad de ese importe que asciende a la cantidad 284.424 euros. La otra mitad, esto es, los 284.424 euros restantes, fueron declarados en ese mismo ejercicio por Dña. Ana María Tejeiro Losada, mediante la presentación de una declaración especial, modelo 720.

D. Ignacio Urdangarin Liebaert y su esposa, Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, presentaron en el ejercicio 2012, una declaración tributaria especial, modelo 720 (declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero), relacionada con un depósito de la entidad Citibank, N.A. (Washington) del que ambos eran cotitulares, que arrojaba un saldo con fecha 31 de diciembre por importe de 53.419,74 euros y, un saldo medio en el último trimestre por importe de 92.583,75 euros.

No ha resultado acreditada la participación de Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia en la ocultación del hecho imponible relativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por el que venía obligado su esposo, correspondiente a los ejercicios 2007 y 2008.

No ha resultado acreditada la participación de Dña. Ana María Tejeiro Losada en la ocultación del hecho imponible relativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por el que venía obligado su esposo, correspondiente al ejercicio 2007.

5.- HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES.

En fecha no determinada del año 2006, D. Diego Torres Pérez, con la finalidad de ocultar la cuota tributaria sustraída a la correspondiente tributación fiscal para incorporarla nuevamente al tráfico legal y obtener los beneficios derivados del régimen fiscal al que se someten dichas estructuras, encomendó a D. Miguel Tejeiro Losada la puesta en marcha de una estructura societaria internacional. Para ocultar tales ganancias e incorporarlas al tráfico legal, Diego Torres, a sabiendas de que no reflejaban servicios reales, ordenó a Marco Antonio Tejeiro, a quien dio las indicaciones oportunas, la confección de unas facturas que figuraban emitidas por mercantiles integradas en dicha estructura internacional contra la Asociación Instituto Nóos o entre las propias mercantiles del entramado internacional, para finalmente, acabar remansadas tales ganancias en las cuentas abiertas en entidades bancarias de Andorra -titularidad de Diego Torres y de Ana María Tejeiro-, en entidades bancarias de Luxemburgo a nombre de las mercantiles del entramado internacional y, finalmente, en las cuentas titularidad de D. Diego Torres Pérez y Dña. Ana María Tejeiro Losada abiertas en entidades bancarias luxemburguesas (Crédit Agricole y Crédit Suisse).

Para la ejecución de la gestión encomendada, D. Miguel Tejeiro Losada contactó con la mercantil Braxton Consulting, SL, con sede social en Barcelona, propiedad y administrada por D. Salvador Trinxet, abogado especialista en fiscalidad internacional y en la creación de estructuras societarias internacionales.

Salvador Trinxet les proporcionó un entramado societario internacional, constituido por una sociedad matriz en Belice denominada Blossomhills Assets, INC, sujeta a la legislación de Belice y registrada con el número 48790 y, una sociedad filial radicada en Londres, denominada De Goes for Stakeholder Management LTD, constituida en Inglaterra y Gales, con número de inscripción en el Registro de Comercio 5737892, con domicilio social en Dalton House, 60 Windsor Avenue.

La sociedad denominada Blossomhills Assets, INC se hallaba participada y administrada por la sociedad panameña Skyline Associates Corporate. Y, la sociedad filial de Londres se hallaba administrada por la mercantil Corporate Directors Services, LTD. Ambas a su vez (Skyline Associates Corporate y Corporate Directors Services, LTD) administradas por un ciudadano panameño llamado Gustavo Alberto Newton Herrera.

A su vez, la sociedad De Goes Center For Stakeholder Management LTD era propietaria de la sociedad De Goes For Stakeholder Management, SL, con la salvedad de una acción (la número 3.006) de la que era propietario D. Mario Sorribas Fierro, posteriormente transmitida a Diego Torres Pérez en su condición de director de la FDCIS quien, a su vez, la transmitió a su esposa, Dña. Ana María Tejeiro.

De Goes, LTD es una sociedad fiduciaria, sin contenido real. Disuelta el 29.6.2010, aparecía clasificada económicamente como “Actividades de servicios administrativos y de apoyo”, “demás servicios de apoyo a los negocios “, o “servicios no clasificados en otra parte”. Durante el período 2007 a 2009 no desarrolló actividad alguna con proyección en la cuenta de pérdidas y ganancias ni en ningún otro soporte material que reflejara el resultado

de los servicios descritos en la facturación. En el ejercicio 2006, no disponía de empleados, con la salvedad de Salvador Trinxet quien no percibió retribución alguna por sus servicios hasta el mes de junio de 2007 (1.268,48 euros), siendo posteriormente remunerados con regularidad a partir del mes de abril de 2008. En dicho período la facturación contabilizada por importe de 150.000 euros, corresponde a facturas emitidas a entidades relacionadas (Instituto y De Goes, SL). Por lo que respecta al ejercicio 2007, el único trabajador en plantilla continúa siendo Salvador Trinxet.

De Goes, SL carecía asimismo de estructura y actividad empresarial. La única persona que figuraba como administrador y empleado, Mario Sorribas, no ejerció como administrador durante el año en el que se mantuvo ocupando tal cargo ni, realizó actividad alguna para la citada mercantil, aún cuando apareciera como trabajador en nómina. Por cuanto, en aquellas fechas, la actividad que desarrollaba se correspondía con la organización de los eventos que el Instituto Nóos llevó a cabo en Valencia y en Baleares.

Seguidamente, con fecha 3 de Octubre de 2007 se confecciona una escritura de apoderamiento por parte de la mercantil Blossomhills Assets, INC a favor de D. Diego Torres Pérez, autorizada por un notario panameño.

Haciendo uso de tal apoderamiento, D. Diego Torres Pérez abre dos cuentas corrientes en la entidad bancaria Credit Agricole de Luxemburgo, siendo titulares de dichas cuentas corrientes la mercantil Blossomhills Assets, INC y la sociedad filial De Goes Center for Stakeholder Management LTD.

Aperturadas dichas cuentas corrientes, se transfieren un total de 420.000 euros desde el Instituto Nóos y 50.000 euros desde la mercantil De Goes Center For Stakeholder Management LTD.

Coetáneamente, la facturación confeccionada por D. Marco Antonio Tejeiro Losada por indicación de Diego Torres, consistente en facturas emitidas por la mercantil De Goes Center For Stakeholder Management LTD contra el Instituto Nóos y, facturas emitidas por la mercantil Blossomhill Assets, INC contra De Goes Center For Stakeholder Management LTD, era remitida indistintamente por el propio Sr. Tejeiro o, por Ana María Tejeiro, a Salvador Trinxet para la confección de la contabilidad de De Goes Center For Stakeholder Management LTD.

La Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada habría computado gastos por servicios realmente no prestados que ascenderían a la cantidad de 416.000 euros que se tratan de justificar con facturas emitidas por la mercantil De Goes, LTD por importe de 384.000 euros y Nóos Consultoría Estratégica, SL por importe de 32.000 euros.

Con la finalidad de ocultar y dificultar el seguimiento de los fondos que integraban la cuota tributaria sustraída a tributación, y de procurar su conversión para retornar al tráfico legal, con fecha 24 de marzo de 2009, D. Diego Torres Pérez ordenó la transferencia de la cantidad de 80.000 euros desde la cuenta abierta en la Banca Privada de Andorra en fecha 12 de mayo de 1999, con número AD 64.0006.0006.3212.4524.6936, de la que eran cotitulares el Sr. Torres y su esposa, Dña. Ana María Tejeiro Losada, a favor de la cuenta corriente titularidad de la compañía fiduciaria Blossomhill Assets, abierta en la entidad bancaria luxemburguesa Crédit Agricole. Asimismo, con fecha 23 de noviembre de 2009,

esto es, 4 días antes de la cancelación de la cuenta cotitularidad de ambos cónyuges en la entidad andorrana, acaecida con fecha 27 de noviembre de 2009, D. Diego Torres ordenó otra transferencia de fondos por importe de 335.261 euros desde la citada cuenta a la misma cuenta titularidad de Blossomhill Assets.

Seguidamente y, con idéntica finalidad, llevó a cabo distintas operaciones bancarias consistentes en traspasos de fondos a las cuentas de su titularidad abiertas en la entidad luxemburguesa Crédit Agricole con fecha 4 de abril de 2008, con los números 1067120 (en euros) y 1067121 (en dólares). Durante el ejercicio 2009 ingresó en la cuenta número 1067120 un total de 484.118,34 euros. A continuación, con fecha 10 de diciembre de 2009 ordenó la transferencia de 410.000 euros procedentes de los fondos de la cuenta corriente abierta a nombre de Blossomhill Assets en la entidad Crédit Agricole, a favor de la cuenta de su titularidad, con número 1067120, aperturada en la misma entidad bancaria luxemburguesa. Y, con fecha 8 de febrero de 2010, la transferencia de 21.281,56 euros procedentes de la misma cuenta corriente aperturada a nombre de la mercantil fiduciaria Blossomhill Assets, a la cuenta de su titularidad con número 1067120. Posteriormente, con fecha 17 de Febrero de 2010 retiró de su cuenta número 1067120 la cantidad de 275.000 euros en efectivo que, a continuación, ingresó en otra cuenta abierta a su nombre en la misma entidad, identificada con el número 1067121 que, durante el ejercicio 2010, arrojó un saldo por importe de 347.772,60 dólares. Con fecha 17 de diciembre de 2010, indicó a la entidad bancaria Crédit Agricole que procediese a la venta de todos sus activos y depositase el dinero en efectivo en su cuenta corriente, resultando un saldo a su favor por importe de 648.132,12 euros.

Las operaciones bancarias descritas, no obstante, ser ordenadas por D. Diego Torres, eran materialmente ejecutadas por Dña. Ana María Tejeiro mediante correos electrónicos dirigidos al gestor de las cuentas.

Las cuentas números 1067120 y 1067121 abiertas en la entidad luxembuguesa Crédit Agricole fueron canceladas en virtud de la orden que a tal efecto emitió el Sr. Torres con fecha 27 de Junio de 2011. Simultáneamente, Diego Torres y su esposa, Ana María Tejeiro, abrieron una cuenta en la entidad bancaria Crédit Suisse, identificada con el número 81889, a la que traspasaron la totalidad de los fondos que hasta ese momento se hallaban depositados en las cuentas aperturadas en la entidad Crédit Agricole, arrojando el saldo de la nueva cuenta- en fecha 17 de julio de 2012- un saldo por importe de 961.666 euros. En la fecha en la que se apertura esta última cuenta, Diego Torres había sido citado para prestar declaración como encausado ante el órgano instructor, realizando dicha apertura de cuenta con la finalidad de proceder a la ocultación y posterior incorporación al tráfico de las cantidades distraídas a la correspondiente tributación. Sin que haya quedado acreditado que Dña. Ana María Tejeiro, con la ejecución de las operaciones bancarias descritas y, en concreto, con la apertura de la última cuenta bancaria, tuviera conocimiento de la finalidad pretendida por su esposo, así como tampoco del origen ilícito de los fondos.

En fecha no determinada del año 2006, Diego Torres encomendó a Miguel Tejeiro que iniciara las gestiones para la puesta en marcha de una segunda estructura fiduciaria. Salvador Trinxet, les procuró una segunda estructura con una empresa matriz en Belice y

una empresa filial en Londres, denominada VIKRAM, LTD. Esta segunda estructura societaria no fue utilizada.

No ha resultado probado que Salvador Trinxet tuviera conocimiento del origen ilícito de los fondos ni, del hecho, de que la estructura societaria internacional que procuró a Diego Torres tuviera por finalidad la ocultación y conversión de las cantidades ilícitamente obtenidas.

No ha resultado probada la participación de Ignacio Urdangarin Liebaert en la ocultación y conversión de las cantidades sustraídas a tributación.

6.-HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

D. Jaume Matas Palou, en el curso de su declaración plenaria, cooperó al esclarecimiento de los hechos, asumiendo su intervención y, revelando datos trascendentes, coadyuvando con tal proceder con la Administración de Justicia. Asimismo, con anterioridad al inicio del acto de juicio, y con la finalidad de reponer el perjuicio que eventualmente pudiera haber ocasionado, consignó la cantidad de 865.252,67 euros en concepto de responsabilidad civil.

D. Gonzalo Bernal García en el curso de su declaración plenaria, cooperó al esclarecimiento de los hechos, asumiendo su intervención y, revelando datos trascendentes, coadyuvando con tal proceder con la Administración de Justicia. Asimismo, con la finalidad de reponer el perjuicio que eventualmente pudiera haber ocasionado, consignó la cantidad de 6.300 euros en concepto de responsabilidad civil, aportando un plan de pago de otros 6.850 euros que abonará en el plazo de 6 meses.

D. Miguel Ángel Bonet Fiol en el curso de su declaración plenaria, cooperó al esclarecimiento de los hechos, asumiendo su intervención y, revelando datos trascendentes, coadyuvando con tal proceder con la Administración de Justicia. Asimismo, con la finalidad de reponer el perjuicio que eventualmente pudiera haber ocasionado, consignó la cantidad de 2.916,38 euros, en concepto de responsabilidad civil.

D. Juan Carlos Alía Pino en el curso de su declaración plenaria, cooperó al esclarecimiento de los hechos, asumiendo su intervención y, revelando datos trascendentes, coadyuvando con tal proceder con la Administración de Justicia. Asimismo, con la finalidad de reponer el perjuicio que eventualmente pudiera haber ocasionado, consignó la cantidad de 2.916,38 euros, en concepto de responsabilidad civil.

D. José Luís Ballester Tuliesa en el curso de la presente causa cooperó al esclarecimiento de los hechos de modo muy relevante, asumiendo su intervención, revelando información trascendente, coadyuvando con tal proceder con la Administración de Justicia. Asimismo, con anterioridad al inicio del acto de juicio oral, y con la finalidad de reponer el perjuicio que eventualmente pudiera haber ocasionado, consignó la cantidad de 52.601,72 euros en concepto de responsabilidad civil.

D. Ignacio Urgangarin Liebaert, con la finalidad de reponer el perjuicio eventualmente ocasionado, consignó, con anterioridad al inicio del juicio oral, la cantidad de 1.184.636

euros, en concepto de responsabilidad civil. Posteriormente, con la misma finalidad y por el mismo concepto, consignó la cantidad de 15.282,52 euros, ascendiendo el importe total consignado a la cantidad de 1.199.918,52 euros.

7.-HECHOS PROBADOS RELACIONADOS CON LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO.

Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia y Dña. Ana María Tejeiro Losada desconocían la existencia de los ilícitos penales (delito fiscal y malversación) y, consecuentemente, no participaron en su ejecución. Ello no obstante, el dinero ingresado en las cuentas titularidad de la sociedad Aizoon, SL y de las entidades del entramado “Nóos”, ocultado y sustraído a la correspondiente tributación, y, la cantidad malversada, integrada en el reparto de beneficios acordado por ambos socios, se incorporó al patrimonio de ambas esposas desde que fue ingresado en cuentas corrientes de las que gozaban de plena disponibilidad.

Dña. Cristina de Borbón y Grecia, a través de la tarjeta de su titularidad, asociada a las cuentas corrientes de la mercantil Aizoon, cargó gastos familiares, beneficiándose de las cantidades ingresadas, hasta la cuantía de 265.088,42 euros. Del mismo modo, Ana María Tejeiro disfrutó de los rendimientos que, con ocasión de distintos traspasos y movimientos bancarios, acabaron remansados en las cuentas particulares del matrimonio Torres-Tejeiro, hasta la cuantía de 344.934,31 euros.

Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia consignó con fecha 15 de diciembre de 2014 la cantidad de 587.413,58 euros, en concepto de responsabilidad civil”.

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

"**LA SALA ACUERDA:**

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT como autor responsable de un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público, prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal, a los que resulta de aplicación la regla de determinación de la pena prevista en el art. 65.3 del Código Penal y la circunstancia atenuante simple de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 2 años y 8 meses de prisión, multa de 7 meses y 17 días, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 2 años y 7 meses.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT como autor responsable de un delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 del Código Penal, con aplicación del art. 65.3 del Código Penal y la circunstancia

atenuante simple de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 7 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 4 años y 6 meses.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT Como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el art. 429 del Código Penal, a la pena de 1 año de prisión.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado, en el artículo 305.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de 1 año de prisión y multa del duplo de la cuota defraudada, 259.478,38 euros.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado, en el artículo 305.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, a la pena de 1 año de prisión y multa del duplo de la cuota defraudada, 253.075,30 euros.

CONDENAMOS a D, IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT a satisfacer 7/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas de la acusación particular ejercida por la Abogacía del Estado y por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT de los delitos de falsedad en documento mercantil, tráfico de influencias relacionado con los hechos relativos al convenio suscrito con la administración balear para la celebración del evento IBF 2006 y restantes delitos de malversación y fraude a la administración relacionados con los hechos relativos a la Comunidad Autónoma de Baleares; de los delitos de falsedad en documento mercantil, falsedad en documento oficial cometida por funcionario público, falsedad documental cometida por particulares, prevaricación, malversación, fraude a la administración y estafa relacionados con los hechos relativos a la Comunidad Valenciana y, de los delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación, falsedad documental cometida por funcionario y falsedad en documento mercantil, relacionados con los hechos relativos a la Comunidad de Madrid por los que venía siendo acusado y, del delito de blanqueo de capitales, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ como autor responsable de un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público, prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal, a los que resulta de aplicación la regla de determinación de la pena prevista en el art. 65.3 del Código Penal, a la pena de 3 años de prisión, multa de 7 meses y 17 días, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 3 años.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ como autor responsable de un delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 del Código Penal, con aplicación del art. 65.3 del Código Penal, la pena de 8 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 5 años.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el art. 429 del Código Penal, a la pena de 10 meses de prisión.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado, en el artículo 305.1 del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión y multa del triplo de la cuota defraudada, 1.034.305, 86 euros.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ como autor de un delito de blanqueo de capitales, previsto y penado en el art. 301 del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión y multa del tanto al duplo del valor de los bienes blanqueados que asciende a la cantidad de 689.537,24 euros.

CONDENAMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ a satisfacer 7/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas de la acusación particular ejercida por la Abogacía del Estado y por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. DIEGO TORRES PÉREZ de los delitos de falsedad en documento mercantil, tráfico de influencias relacionado con los hechos relativos al convenio suscrito con la administración balear para la celebración del evento IBF 2006 y restantes delitos de malversación y fraude a la administración relacionados con los hechos relativos a la Comunidad Autónoma de Baleares; de los delitos de falsedad en documento mercantil, falsedad en documento oficial cometida por funcionario público, falsedad documental cometida por particulares, prevaricación, malversación, fraude a la administración y estafa relacionados con los hechos relativos a la Comunidad Valenciana y, de los delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación, falsedad documental cometida por funcionario y falsedad en documento mercantil, relacionados con los hechos relativos a la Comunidad de Madrid por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. JAUME MATAS PALOU como autor responsable de un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal, respecto del que concurre la circunstancia atenuante analógica de confesión prevista en el art. 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público, prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal, respecto de los que concurre la atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, la pena de 3 años de prisión, multa de 7 meses y 17 días, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso

de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público estatal, autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 3 años.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. JAUME MATAS PALOU como autor responsable de un delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 del Código Penal, respecto del que concurre la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, y la atenuante analógica de confesión prevista en el artículo 21.7 del Código Penal en relación con el art. 21.4 del mismo texto legal, la pena de 8 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público estatal, autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 4 años.

CONDENAMOS a D. JAUME MATAS PALOU a satisfacer 4/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas causadas a la acusación particular ejercida por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. JAUME MATAS PALOU de los delitos de tráfico de influencias y restantes delitos de malversación y fraude a la administración por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. JOSÉ LUÍS BALLESTER TULIESA como autor penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, en concurso medial con un delito de falsedad cometida por funcionario público prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y con un delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432.1 del Código Penal, concurriendo respecto de todos los delitos la atenuante muy cualificada de colaboración prevista en el art. 21.7 del Código Penal, en relación con el art. 21.4 del Código Penal y la atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 9 meses y 2 días de prisión que se sustituye, con arreglo al art. 88 del Código Penal, por la pena de 18 meses y 4 días de multa, con un cuota diaria de 10 euros, e inhabilitación absoluta por tiempo de 1 año, 6 meses y 2 días.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. JOSÉ LUÍS BALLESTER TULIESA como autor penalmente responsable de un delito de fraude a la Administración previsto en el art. 436 del Código Penal, concurriendo la atenuante muy cualificada de colaboración prevista en el art. 21.7 del Código Penal y la atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 6 meses de prisión, que será sustituida conforme al artículo 88 del Código Penal, por la pena de 12 meses de multa a razón de una cuota diaria de 10 euros, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 3 años.

CONDENAMOS a D. JOSÉ LUÍS BALLESTER TULIESA a satisfacer 4/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas causadas a la acusación particular ejercida por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. JOSÉ LUÍS BALLESTER TULIESA de los delitos de tráfico de influencias y restantes delitos de malversación y fraude a la administración por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. GONZALO BERNAL GARCÍA como autor penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, en concurso medial con un delito de falsedad cometida por funcionario público, prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y, con un delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432.1 del Código Penal, concurriendo respecto de todos los delitos la atenuante de colaboración prevista en el art. 21.7 del Código Penal y la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 9 meses y 2 días de prisión que se sustituye, con arreglo al art. 88 del Código Penal, por la pena de 18 meses y 4 días de multa, con un cuota diaria de 6 euros, e inhabilitación absoluta por tiempo de 1 año, 6 meses y 2 días.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. GONZALO BERNAL GARCÍA como autor penalmente responsable de un delito de fraude a la Administración previsto en el art. 436 del Código Penal, concurriendo la atenuante de colaboración prevista en el art. 21.7 del Código Penal y la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 6 meses de prisión, que será sustituida conforme al artículo 88 del Código Penal, por la pena de 12 meses de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 3 años.

CONDENAMOS a D. GONZALO BERNAL GARCÍA a satisfacer 4/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas causadas a la acusación particular ejercida por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. GONZALO BERNAL GARCÍA de los delitos de tráfico de influencias y restantes delitos de malversación y fraude a la administración por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. JUAN CARLOS ALÍA PINO como autor responsable de un delito de falsedad documental cometido por funcionario público, previsto y penado en el art. 390.1.2º del Código Penal en concurso medial con un delito de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, concurriendo respecto de ambos delitos la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal y la atenuante analógica de colaboración, prevista en el art. 21.7 del Código Penal, en relación con el art. 21.4 del mismo texto legal, a la pena de 1 año y 2 días de prisión que se sustituye de conformidad con lo previsto en el art. 88 del Código Penal, por la pena de 24 meses y 4 días de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, multa de 1 mes y 17 días, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 6 meses y dos días.

CONDENAMOS a D. JUAN CARLOS ALÍA PINO a satisfacer 2/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas causadas a la acusación particular ejercida por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. JUAN CARLOS ALÍA PINO de los delitos de fraude a la administración, malversación de caudales públicos y tráfico de influencias por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. MIGUEL ÁNGEL BONET FIOL, como autor responsable de un delito de falsedad documental cometido por funcionario público, previsto y penado en el art. 390.1.2º del Código Penal en concurso medial con un delito de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, concurriendo respecto de ambos delitos, la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal y la atenuante analógica de colaboración prevista en el art. 21.7 del Código Penal en relación con el art. 21.4 del mismo texto legal, a la pena de 1 año y 2 días de prisión que se sustituye de conformidad con lo previsto en el art. 88 del Código Penal, por la pena de 24 meses y 4 días de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, multa de 1 mes y 17 días, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 6 meses y dos días.

CONDENAMOS a D. MIGUEL ÁNGEL BONET FIOL a satisfacer 2/103 partes de las costas causadas, incluidas las costas causadas a la acusación particular ejercida por la Abogacía de la CAIB.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. MIGUEL ÁNGEL BONET FIOL del delito de fraude a la administración por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Dña. ANA MARÍA TEJEIRO LOSADA de todos los delitos por los que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. MIGUEL TEJEIRO LOSADA de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. MARCO ANTONIO TEJEIRO LOSADA de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. LUÍS LOBÓN MARTÍN de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. JOSÉ MANUEL AGUILAR COLÁS de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. JORGE VELA BARGUÉS de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Dña. ELISA MALDONADO GARRIDO de los delitos por los que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. ALFONSO GRAU ALONSO de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Dña. MERCEDES COGHEN ALBERDINGK-THIJM de los delitos por los que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Dña. CRISTINA FEDERICA DE BORBÓN Y GRECIA de los delitos contra la hacienda pública por los que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. SALVADOR TRINXET LLORCA del delito de blanqueo de capitales por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Gonzalo Bernal García, D. José Luís Ballester Tuliesa, D. Jaume Matas Palou, D. Diego Torres Pérez y D. Ignacio Urdangarin Liebaert a satisfacer a la Fundación Illesport la cantidad de 445.000 euros y la cantidad de 150.000 euros más IVA (174.000 euros). En concreto, D. Gonzalo Bernal García deberá satisfacer el 0.50% y D. José Luís Ballester Tuliesa, el 2%, distribuyéndose el 97,50% restante a partes iguales entre D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Diego Torres Pérez y D. Jaume Matas Palou.

Ambas cuantías indemnizatorias devengarán el interés legal del dinero previsto en el art. 576 LEC.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Ignacio Urdangarin Liebaert a satisfacer la cantidad 129.739,19 euros y la cantidad de 126.537,65 euros y a D. Diego Torres Pérez a satisfacer la cantidad de 344.768,62 euros, correspondientes a las cuotas tributarias defraudadas en el IRPF. A todas las cantidades referidas correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas deberán adicionarse los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada, que se computarán a partir de la finalización del plazo voluntario de pago de que se trate en cada supuesto, conforme el art. 30 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 58 de la Ley General Tributaria, hasta el dictado de esta sentencia. Y, a partir de la misma, se aplicarán los intereses del art. 576 de la Ley 7/2000, de 7 de Enero.

Dña. CRISTINA FEDERICA DE BORBÓN y GRECIA, en calidad de responsable civil a título lucrativo, responderá, conjunta y solidariamente con D. Ignacio Urdangarin, respecto de la responsabilidad civil de éste último, hasta la cuantía de 265.088,42 euros.

Dña. ANA MARÍA TEJEIRO LOSADA, en calidad de responsable civil a título lucrativo, responderá, conjunta y solidariamente con D. Diego Torres Pérez, respecto de la responsabilidad civil de éste último, hasta la cuantía 344.934,31 euros.

Ambas cuantías indemnizatorias devengarán el interés legal del dinero previsto en el art. 576 LEC.

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a la acusación popular constituida por el SINDICATO MANOS LIMPIAS a satisfacer el 50% de las costas del juicio oral causadas a Dña. Ana María Tejeiro Losada y, las costas del juicio oral causadas a Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia.

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a la acusación popular constituida por D. JOAN CALABUIG Y OTROS, del pago de las costas causadas correspondientes al acusado D. ALFONSO GRAU ALONSO.

Se declaran de oficio 73/103 partes de las costas procesales restantes.

Declarada la firmeza de la presente sentencia, comuníquese a la Delegación Especial de la Agencia Tributaria de Cataluña, en virtud de lo dispuesto en el art. 180 LGT.

Notifíquese a las partes con expresión del derecho de las mismas a interponer recurso de casación en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación practicada de esta sentencia".

TERCERO.- La Sección Primera de la ya citada Audiencia Provincial de Baleares el día 21 de febrero de 2017 dicto Auto de complemento de la citada Sentencia. Su parte Dispositiva dice:

«Se completa la Sentencia dictada en los presente autos, en los siguientes términos:

I.- En relación con los delitos contra la Hacienda pública por los que se ha condenado, procede imponer:

A D. Ignacio Urdargarín Liebaert, por la multa de 259.478,38 euros, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 8 meses y 15 días de privación de libertad; por la multa de 253.075,30 euros, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 8 meses y 9 días de privación de libertad así como, por cada uno de los delitos contra la Hacienda pública por los que se le condena, la 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, por tiempo de 3 años.

A D. Diego Torres Pérez, por la multa de 1.034.305,86 euros, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 1 año de privación de libertad, así como la 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, por tiempo de 4 años.

II.- En relación al delito de Blanqueo de capitales por el que ha sido condenado D. Diego Torres Pérez, y por la multa de 689.537,24 euros, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 1 día de privación de libertad.

Comuníquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es susceptible de recurso, sin perjuicio del que pueda interponerse frente a la Sentencia que complementa, de la que forma parte la presente resolución».

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes; recursos 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1° de la LECrim se denuncia indebida inaplicación del art. 432.2 del CP. **Motivo segundo.-** Al amparo del artículo 849.1° de la LECrim se denuncia indebida inaplicación de los arts. 432.1 y 2 y 74 del CP, en la redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 849.1° de la LECrim denuncia indebida aplicación del art. 70.1.2°. del CP. **Motivo cuarto.-** Por la vía del art. 849. 1° de la LECrim entiende erradamente aplicado el art. 429 del CP. **Motivo quinto.-** Con sede, de nuevo, en el art. 849.1 LECrim se entiende infringido el art. 436 en relación con el art. 65.3, ambos del CP. **Motivo sexto.-** Al amparo del art. 849.1° de la LECrim denuncia infringidos por inaplicación los arts. 404 y 74 del CP. **Motivo séptimo.-** Por la vía del art. 849.1° de la LECrim se entiende infringido por indebida inaplicación el art. 390.1. 2° del CP.

Recurso formalizado por D. Ignacio Urdangarín Liebaert.

Motivo primero.- Al amparo del art. 851.1 de la LECrim denuncia quebrantamiento de forma por contradicción en el relato de hechos probados. **Motivo segundo.-** Al amparo del art. 851.1 de la LECrim denuncia consignación en la sentencia de hechos probados predeterminantes del fallo. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 851.3º LECrim denuncia incongruencia omisiva, por no dar la Sala respuesta a todas las cuestiones jurídicas planteadas por la parte. **Motivo cuarto.-** Al amparo del art. 849.2º de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia indebida aplicación del art. 404 CP. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia indebida aplicación del art. 390.1.2º y 4º CP. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia infringido por indebida aplicación el art. 432.1 CP. **Motivo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim. denuncia indebida aplicación del delito del art. 436 CP. **Motivo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia vulnerado el art. 429 CP, por indebida aplicación. **Motivo décimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim denuncia aplicación indebida del art. 305.1 CP. **Motivo undécimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim niega la pertinencia de aplicar el art. 77. CP en uno de los delitos, en tanto en el otro considera infringido el art. 74 CP. **Motivo duodécimo**.- Por infracción de ley al amparo

del art. 849.1º de la LECrim denuncia infringido el art. 74 CP. **Motivo décimo tercero.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim denuncia vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación. **Motivo décimo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim denuncia infringido el principio de legalidad habiendo generado indefensión al recurrente. **Motivo décimo quinto.-** Por infracción de precepto constitucional ley al amparo del art. 852 de la LECrim denuncia infringido el art. 9.3 CE, con infracción del principio de seguridad jurídica e indefensión. **Motivo décimo sexto.-** Por vulneración de precepto constitucional del art. 24.2 se alega infracción de la presunción de inocencia, al amparo del art. 5.4 LOPJ.

Recurso formalizado por D. Diego Torres Pérez; Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada; D.ª Ana María Teijero Losada; Virtual Strategies S.L. (R.C.S); Nòos Consultoria Estratégica S.L. (R.C.S.); Fundación Deporte, Cultura e Integración Social (R.C.S); Shiriaimasu S.L.; Intuit Strategy Innovation Lab S.L. (R.C.S.).

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim alegando vulneración art. 24 CE (derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a la defensa y a la presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º de la LECrim. por denegación de prueba. **Motivo tercero.-** Por vulneración de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 LOPJ se afirman vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia, con quebranto del principio de seguridad jurídica habiéndose producido indefensión: arts. 24, 25.1 y 9.3 CE. **Motivo cuarto.-** por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim. y el art. 5.4 de la LOPJ denuncia infringidos los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, con quebranto de los principios de seguridad jurídica y generando indefensión (en relación con el art. 305.1 CP). **Motivo quinto.-** Por infracción de

precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 de la LECrim afirma conculcados los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva-incluida la prohibición de doble punición- a un proceso con las debidas garantías a la defensa y a la presunción de inocencia, así como los principios de seguridad jurídica y legalidad, habiéndose causado indefensión: arts. 24, 9.3 y 25.1 CE así como infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 301 CP. **Motivo sexto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia vulnerado el art. 301 CP por indebida aplicación. **Motivo séptimo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852. LECrim y del art 5.4 de la LOPJ denuncia nuevamente vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a la defensa, a ser informado de la acusación formulada, y a no declarare culpable: art. 24 CE. **Motivo octavo.-** Por la vía del art. 852 de la LECrim denuncia vulnerado el art. 24 de la CE (presunción de inocencia). **Motivo noveno.-** Al amparo del art. 852 denuncia infracción de precepto constitucional: art. 24 CE, principio de legalidad y principio de seguridad jurídica (art. 25 y 9.3 CE). **Motivo décimo.-** Por vulneración de precepto constitucional: art. 24.2 CE (presunción de inocencia), en lo referido a la condena por delito fiscal, art. 305 CP. **Motivo undécimo.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim denuncia vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, en lo que concierne al delito del art. 301 CP. **Motivo duodécimo.-** Al amparo del art. 852 LECrim denuncia vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones. **Motivo décimo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia indebida aplicación del art. 28 CP. **Motivo décimo cuarto.-** Con sede en el art. 849.1º de la LECrim denuncia indebida aplicación del art. 305 CP. **Motivo décimo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia indebida aplicación del art. 390.1 y 2 CP. **Motivo décimo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim por indebida aplicación del art. 404 CP. **Motivo décimo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim por indebida aplicación del art. 429 CP. **Motivo décimo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim por indebida aplicación del art. 432 CP. **Motivo décimo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 436

CP. **Motivo vigésimo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim denuncia vulnerado el principio de presunción de inocencia de Ana María Tejeiro Losada (art. 24 CE), y art. 122 CP. Por la vía del art. 849.1º LECrim denuncia indebida aplicación del art. 122 CP. **Motivo vigésimo primero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 122 CP (Ana María Tejeiro Losada). **Motivo vigésimo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim por indebida aplicación del art. 116 CP. **Motivo vigésimo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia infringido el art. 21.5 CP. **Motivo vigésimo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia infringido el art. 21.4 y 6 CP, por inaplicación en relación con los arts. 66.1 y 70.1.2 CP. **Motivo vigésimo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia infringido el art. 14.3 CP. por indebida inaplicación. **Motivo vigésimo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia vulnerado el art 21.6 en relación con los arts. 66.1.2 y 70.1.2 del CP, y con sede en el art. 852 LECrim invoca el art 24 CE, por infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. **Motivo vigésimo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

Recurso formalizado por D. Jaume Matas Palou.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim, (derecho a la tutela judicial efectiva; art. 24.1 CE). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a fla presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim., por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): irracional valoración de la prueba**). Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, por aplicación indebida del artículo 390.1., 2º y 4º del CP. **Motivo sexto.-** Al amparo del artículo 852 LECrim, alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 436

CP. **Motivo octavo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del artículo 66.1.2ª CP**.**

Recurso formalizado por la Abogacía del Estado.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración de los arts. 15,16, 28, y 30 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y el art. 305 CP.

Recurso formalizado por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º por indebida inaplicación de los arts. 432 a 435 y 109 a 115 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim por indebida inaplicación del art. 6.3 del Código Civil; arts. 1275 y 1305 y siguientes del Código Civil; arts. 13 y 66 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; arts. 22 y 36 del RDL 3/2011, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública; y art 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Recurso adhesivo formalizado por la Abogacía de la Generalitat Valenciana.

Mostrando su **adhesión** al recurso del **Ministerio Fiscal,** desarrolla de forma autónoma seis motivos por infracción de ley tanto del art. 849.1º como del nº 2 del mismo precepto.

Recurso formalizado por la acusación popular ejercida por el Sindicato Manos limpias.

Motivos primero y segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. art. 849.1º LECrim denuncia indebida aplicación al art. 123 CP y 240 LECrim.

QUINTO.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, impugnando todos sus motivos a excepción del motivo único formulado por la Abogacía del Estado y del motivo segundo apartado A) del recurso interpuesto por la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que apoyó mostrando su adhesión; la representación legal de D. Ignacio Urdangarin Liebaert se instruyó de los recursos impugnándolos si bien se adhirió al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada, Diego Torres Pérez y otros; y de otros recursos, en todo cuanto aquello no se oponga, con las argumentaciones y solicitudes de expresa absolución de D. Ignacio Urdangarín Liebaert, Diego Torres y Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada, Ana María Tejeiro Losada, Virtual Strategies S.L, Nòos Consultoría Estratégica S.L., Fundación Deporte, Cultura e Integración Social; Shiriaimasu, S.L. e Intuit Strategy Innovation Lab S.L. impugnaron los recursos adhiriéndose solo a aquellos que les resultaban favorables; la representación legal de D. Jaume Matas impugnó los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Comunidad de las Islas Baleares y se adhirió a los recursos promovidos por el resto de defensas en todo aquello que le beneficie; la Abogacía General Valenciana formalizó su adhesión al recurso de casación preparado por el Ministerio Fiscal en los términos expresados en los artículos 861 y 871 de la LECrim. La Abogacía del Estado, y la de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se instruyeron igualmente de los restantes recursos impugnándolo solo en cuanto afectaba a sus posiciones. El Sindicato Manos Limpias evacuó igualmente el trámite de instrucción, limitándose a insistir en los argumentos de su recurso y renunciando a impugnar los restantes. Los recurridos Cristina de Borbón y Grecia, Luis Lobón Martín, Jorge Vela Bargues, José Manuel Aguilar Colas, Elisa Maldonado Garrido, José Luis Ballester Tuliesa, Gonzalo Bernal García, Juan Carlos Alia Pino y Miguel Ángel Bonet Fiol se instruyeroin también de los recursos impugnándolos en cuanto les afectaban excepto los tres últimos citados que manifestaron no oponerse a la eventual estimación del recurso del Fiscal. Mercedes Coghen Alberdingk-Rhijm se instruyó, no estando afectada por ningún recurso. La Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para **Vista** se celebró el día 21 de marzo de 2018 con asistencia de los **letrados de los recurrentes** Dª. Mª Dolores Ripoll Martínez y D. Edmundo Bal Frances en nombre de la **Abogacía del Estado**; D. José María Bueno Manzanares y Dª. Miriam Orgiles Romero en nombre del **Sindicato Manos Limpias**, Dª María Ángeles Berrocal Vela en nombre de la **Abogacía de la Comunidad Autónoma de Baleares**, D. Miguel Ángel Cervera Tortosa en nombre de la **Abogacía de la Generalitat Valenciana**; D. Mario Pascual Vives en nombre de D. **Ignacio Urdangarín Liebaert**; D. Manuel González Peeters en nombre de la **Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada, Diego Torres Perez, Ana María Tejeiro Losada, Virtual Strategies S.L, Nòos Consultoría Estratégica S.L., Fundación Deporte, Cultura e Integración Social,; Shiriaimasu, S.L. e Intuit Strategy Innovation Lab S.L.** y D. Iñigo Ortiz de Urbina en nombre de **D. Jaume Matas Palou;** y de los letrados de los recurridos D. Vicente Grima Lizandra en nombre de **D. Luis Lobon Martín**; D. Antonio Reyes López en nombre de **D. Jorge Vela Bargues**; D.ª Luisa Gurillo Gago en nombre de **D.ª Elisa Maldonado Garrido**; D. Ángel Aragón Saugar y D. Juan Piña Miguel en nombre de **D. José Luis Ballester Tuliesa**; D. Gaspar Oliver Servera en nombre de **D. Gonzalo Bernal García** y **D. Miguel Ángel Bonet Fiol;** D. José Ignacio Herrero Cereceda en nombre de **D. Juan Carlos Alia Pino;** Dª Josefa Rosello Monserrat en nombre de **D. Jose Manuel Aguilar Colas;** D. Francisco Javier Ortega Lopez-Bago en nombre de **D.ª Mercedes Coghen Alberdingk-Thijm** y D. Pablo Molins Amat en nombre de **D.ª Cristina Federica de Borbon y Grecia**. El **Ministerio Fiscal** estuvo representado por la Ilma. Sra. D.ª María Ángeles Garrido Lorenzo. Todos informaron impugnando los recursos de contrario y, en su caso defendiendo los propios conforme a las peticiones de sus respectivos escritos obrantes en el rollo y con la excepción de la dirección letrada de D.ª Mercedes Coghen no afectada por ninguno de los recursos. D. Daniel Pérez-Esqué Sansano no compareció, pese a estar citado en forma. Representaba a **D. Marco Antonio Teijeiro Losada** parte absuelta y a la que no afectaba ningún recurso.

SÉPTIMO.- Las deliberaciones, se prolongaron hasta el día 7 de junio de 2018, procediéndose a la correspondiente votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se nos presentan a decisión ***i)*** cuatro recursos entablados por otras tantas partes acusadoras: Ministerio Fiscal (acusación pública), Sindicato Manos Limpias (acusación popular), Abogacía del Estado y Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (acusaciones particulares); ***ii)*** uno adhesivo formalizado por quien ostenta la posición de actor civil (Comunidad Autónoma Valenciana); y ***iii)*** tres interpuestos por partes pasivas (Ignacio Urdangarín, Jaume Matas, y el tercero subjetivamente plural: Diego Torres, Ana María Tejeiro y diversas entidades mercantiles). Algunos motivos han dado lugar a adhesiones cruzadas según se recoge en los antecedentes de esta resolución.

Muchas cuestiones tratadas por los recursos -no podía ser de otra forma- se solapan o duplican: varias materias son abordadas, con argumentos, parcialmente similares y en parte disímiles, por distintos recurrentes. Eso podría aconsejar una sistemática transversal, agrupando temas comunes. Pero se nos antoja preferible una hoja de ruta más lineal, ordenada y simple analizando secuencialmente cada recurso, motivo a motivo, pese a que ello obligará a algunas remisiones. Solo de esa forma podrá comprobarse que se da respuesta a todos y cada uno de los múltiples argumentos barajados por cada uno de los recurrentes para hacer valer sus respectivas pretensiones, normalmente plurales (con la excepción de Manos Limpias y la Abogacía del Estado cuyos recursos son monotemáticos).

Empezaremos con las partes activas: acusación pública (**A**); acusaciones particulares (**B** y **C**); y acusación popular (**D**). A continuación, el actor civil (**E**), tras el que se dará paso a las tres partes pasivas recurrentes (tres condenados penalmente y varios responsables civiles (-**F, G** y **H**-).

A) <u>Recurso del Ministerio Fiscal.</u>

SEGUNDO. - El primer motivo del recurso de la acusación pública discurre, como los seis restantes, por la vía del art. 849.1° LECrim. Denuncia infracción del art. 432.2 CP por indebida inaplicación.

En su opinión el delito de malversación objeto de condena referido a los contratos del denominado Observatorio Permanente de Turismo y al Plan Estratégico de Turismo concretado en el pago indebido de 445.000 y 175.000 euros, merecería ser subsumido en el **subtipo agravado del art. 432.2 CP**. La elevada cuantía -argumenta- es suficiente por sí misma para proclamar la especial gravedad de la malversación. Congruentemente la penalidad deberá incrementarse lo que tendrá trascendencia en la medida en que en el concurso medial triple formado, prevaricación/falsedad/malversación, este último tipo pasará a ostentar la cualidad de infracción más grave desplazando a la falsedad y propiciando un aumento de la penalidad. El arco penológico se movería para los *intranei* entre cuatro, y ocho años; y para los *extranei,* entre dos, y cuatro años menos un día de prisión; más la inhabilitación absoluta en ambos casos (malversación); y no de prisión entre tres, y seis años -*funcionarios o autoridad-;* o un año y seis meses, y tres años menos un día -*particulares*-; más la multa (falsedad).

Una aclaración a este respecto: orillamos ahora dos cuestiones de dosimetría penal que podrían ser controvertidas: **(i)** ¿puede aplicarse el nuevo art. 77.3 CP a calificaciones realizadas con arreglo a la legislación anterior a la reforma de 2015? **(ii)** ¿ha de preceder la rebaja del art. 65.3 CP a la imposición de la pena en su mitad superior *ex* art. 77.3 en su redacción anterior? O, más bien, el orden ha de ser el inverso como propugna el Fiscal. La repercusión práctica de la eventual estimación de este motivo podrá ser nula según la respuesta que se dé a esos interrogantes.

La redacción del art. 432.2 en el momento de comisión de los hechos preveía un incremento penológico "*si la malversación revistiera especial gravedad, atendido al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público*".

El Ministerio Público en un elaborado y bien trabajado alegato postula la incardinación de los hechos en ese subtipo. Argumenta en una doble dirección, dirigiendo su mirada escrutadora hacia el pasado y hacia el futuro:

a) En la primera vertiente escarba de manera exhaustiva en la doctrina jurisprudencial que interpretaba tal precepto. Acierta al traer a colación una tendencia que fue abriéndose paso en esta Sala y que viene sustentada por un nada desdeñable ramillete de pronunciamientos. Considera esa línea jurisprudencial que a partir de ciertas cantidades habría que presumir producido un daño al servicio público de manera *quasi* necesaria; llegándose casi a una inversión de la carga de la prueba en virtud de una *praesumptio hominis:* una elevada cuantía de fondos malversados permitiría deducir, salvo que se demostrase lo contrario o se identificasen elementos que lo desmintiesen, un **daño grave al servicio público**. Respetándose la literalidad del precepto que utiliza la copulativa "y" para unir los dos elementos determinantes de la agravación –valor de las cantidades/daño al servicio público-, se dulcifica razonablemente su rigidez al flexibilizar la prueba, no siempre fácil, de la afectación del servicio público.

No es posible la agravación con cantidades malversadas nimias, aunque haya existido daño al servicio público. Tampoco cuando siendo abultadas las cifras no ha repercutido la distracción en el desenvolvimiento de la administración Pública afectada. Pero cantidades muy elevadas permiten inferir la producción de ese daño o entorpecimiento.

Recoge el Fiscal un elocuente fragmento de la STS de 3 de junio (que no mayo) de 2015: *"han de computarse y darse ambos factores, si bien cuando la cuantía es muy elevada se considera que de la concurrencia de ese primer elemento ya se deriva necesariamente* el *segundo (STS 1394/2009, de 25-1-2010; se trataba de 3.816.667,656 pesetas, o sea, 22.938,083 euros). En lo que respecta al criterio del valor de las cantidades sustraídas, la jurisprudencia ha oscilado en demasía en los distintos supuestos enjuiciados. Así, se consideran cantidades para apreciar el subtipo agravado las siguientes: 5.544.206 ptas. —33.321 euros— (STS 1519/97, de 1-12); 43 millones de ptas. -258.435 euro- (STS 722/97, de 22-5); 99 millones de ptas. —595.001 euros— (STS 771/99, de 10-5); 71 millones de ptas. —426.718 euros— (STS 616/2002, de 13-4); 43 millones ptas. —258.435 euros— (STS 1615/2002, de 1-10); 40 millones ptas. —240.404 euros— (STS*

950/2003, de 1-7); *33 millones de ptas. —198.333 euros— (STS 1706/2003, de 17-12);* y 65 *millones de ptas. —390.657 euros— (STS 44/2008, de 5-2).*

En cambio, no se apreció el subtipo en los supuestos de las siguientes cantidades: 153.000 euros (STS 381/2007, de 24-4); 127.505 euros (STS 1094/2011, de 27-10); y 2.705.000 euros (STS 429/2012, de 21-5).

En el *caso que ahora se enjuicia todo indica, pues, que la cifra de 831.621 euros (138.373.418 pesetas) debe incardinarse en las cuantías de especial gravedad, a tenor de las cifras con que se suele operar".*

Concluye la sentencia:

"*De ahí que se apoye la pretensión que da lugar a este motivo, en la interpretación que del art.432.2 del Código Penal, vigente al tiempo cometer el delito, hace la doctrina jurisprudencial reseñada; aplicándolo, como se ha visto, con importes malversados inferiores a los más de 600.000 euros del caso de autos. Supuestos en los que consideró que* ***la cuantía, por sí sola, evidenciaba daño a la causa pública****".*

b) De otra parte, usando como punto de referencia la reforma penal de 2015, razona el Fiscal advirtiendo con tino que esa modificación legal ha llevado a la literalidad de la norma la tendencia que iba cristalizando en la jurisprudencia. Se separan los dos términos del antiguo art. 432.2º CP formándose dos subtipos diferentes: uno basado en la cuantía que, como tributo a la seguridad jurídica, se fija en un monto concreto: 50.000 euros (art. 432.3.b); otro, que pivota en exclusiva sobre el entorpecimiento del servicio público (art. 432.3.a). Se añade, finalmente, una hiperagravación cuando el total malversado alcanza los 250.000 euros (párrafo final del art. 432.3).

La comparación de penas vendría a demostrar el cierto paralelismo con la legislación previgente en cuanto a tipos y subtipos.

Son injustas las críticas que esa forma de razonar del Fiscal basada en una legislación no vigente suscitó a algunas defensas (en sus dictámenes de impugnación y también en la vista). Efectivamente, es pauta elemental la irretroactividad de toda legislación penal desfavorable. Se preocupa el Fiscal de hacerlo constar, pese a que resulta innecesario por obvio. Pero ni siquiera sus claras explicaciones han logrado ahuyentar la réplica -demasiado fácil- de recurridos. Era muy tentadora en la lógica dialéctica procesal. Pero es justo reconocer que el criterio interpretativo a que acude el Fiscal, que no

solo no puede ser anatematizado, sino que muchas veces es fecundo. No es ajeno a la doctrina de esta Sala: leyes posteriores ayudan en ocasiones nada infrecuentes a interpretar la legislación anterior en lo que no será una aplicación retroactiva *contra reo*, sino una interpretación de la norma vigente en el momento de los hechos cuyo sentido viene aclarado por normas posteriores. De esa forma ha operado esta Sala en materias como la acumulación de sentencias dictadas en el extranjero (ley 23/2014, de 20 de noviembre), o las sucesivas reformas del art. 76 CP (en 2003 y en 2015). Y es que no son en absoluto insólitas -antes bien, son muy habituales esas reformas que tienen vocación no tanto de cambiar, como de aclarar: el art. 305, CP proporciona varios ejemplos de ello (modalidad omisiva, exigencia del pago para la regularización), también el art. 65.3 CP. Son reformas que buscan adaptar una ley a lo que ya viene entendiendo la jurisprudencia que dice, dando así un espaldarazo legal definitivo o explícito a lo que hasta entonces se podía deducir de la norma, aunque sin descartar con claridad posibles equívocos o interpretaciones alternativas. Es atendible y completamente legítima la argumentación del Fiscal porque, ciertamente, la reforma en ese punto del art. 432.2 CP parece obedecer, al menos en parte, a esa idea.

c) Por fin y a mayor abundamiento trata también el Fiscal de convencernos de que el daño al servicio público puede inferirse de la desproporción entre la cuantía defraudada y el capital social de la fundación que ascendía a tan solo 370.000 euros. La Administración Autonómica hubo de realizar aportaciones disminuyendo su nivel de liquidez y, probablemente, desatendiendo otras necesidades o mejores destinos inversores.

No podemos acoger este motivo del Ministerio Publico pese a su solvente planteamiento. Recorreremos los tres tramos que tejen su hilo argumental.

a) Efectivamente en la jurisprudencia ha plasmado en los últimos años la idea en la que busca apoyo el recurso del Fiscal; aunque, como recuerda la STS 806/2014, de 23 de diciembre, nunca se ha renegado totalmente de la necesidad de una referencia al daño al servicio público. La cuantía por sí

sola no es suficiente: la agravación no podría venir rellenada en la legislación anterior en exclusiva por una cifra, por cuantiosa que fuese. Devenía necesaria una referencia material al servicio público afectado, aunque se efectuase a través de una deducción o una inferencia. Ha de tratarse de fondos cuya distracción repercuta negativamente en la prestación o desenvolvimiento de una actividad de servicio público. Este concepto -servicio público- no ha de entenderse en términos de estricta vinculación al derecho administrativo. Pero la norma inequívocamente obliga a atender a los dos factores conjuntamente, también a la prestación o actividad pública dañada. Así se deriva gramaticalmente de la conjunción copulativa -"y"- que une ambas referencias. No basta una cuantía elevada; es necesario también un daño o entorpecimiento del servicio público. Así lo expresa, entre otras, la STS 429/2012, de 21 de mayo.

La STS 784/2012, de 5 de octubre, aunque atiende de forma primordial a la cuantía; no deja de completar su valoración con una mirada al servicio público específico concernido*:*

"…el Tribunal Superior de Justicia no solo examina la procedencia de la aplicación del subtipo agravado atendiendo al factor de las cantidades sustraídas, sino que también trata el elemento del daño o entorpecimiento del servicio público. Sobre este segundo extremo señala en el mismo fundamento noveno que para estimarlo es preciso atender a todas las características y circunstancias del servicio, pues "en el concepto de entorpecimiento del servicio público se debe incluir no sólo su funcionamiento dentro de ciertas pautas de suficiencia, sino también su desarrollo ajustado a la Ley y a los Reglamentos" (STS 15-11-1993). Esta agravación —dice— "no se centra puramente en la cantidad malversada, aunque es un dato a tener en cuenta, sino en el destino del dinero malversado y el daño que se produce al servicio al que iban destinados, entorpeciendo el servicio público que se iba a satisfacer con la cantidad sustraída". Finaliza la sentencia precisando que en el caso concreto el entorpecimiento del servicio público se constata en dos hechos. Primero, en las importantes sumas detraídas y en los destinos que les dieron: gastos abusivos en comidas ajenas a la actividad de la empresa municipal, viajes y pagos en club de alterne, abonar toda una carrera de odontología en una universidad privada a una de sus hijas con cargo al erario público, y la autoconcesión de incrementos salariales desproporcionados. Y segundo, porque "no se necesitan amplios razonamientos para sostener que el empleo de trabajadores de LIMUSA para desempeñar, durante la jornada laboral en dicha empresa, otras tareas para entidades privadas del director general, constituye un proceder contrario y claramente obstaculizador del normal desarrollo de un servicio público. Si se ordena a funcionarios públicos que realicen trabajos ajenos a su función pública durante su jornada

laboral, de manera regular y continuada, el entorpecimiento y daño al servicio público se muestra patente".

Una vez examinados los términos en que se pronuncia la Sala de instancia y las razones de impugnación del recurrente, procede ahora dilucidar si la aplicación del subtipo estaba justificada normativamente en este caso.

Para ello ha de partirse de que la jurisprudencia de la Sala tiene declarado de forma reiterada que la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 del C. Penal ***requiere que se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público*** *(SSTS 616/2002, de 13 de abril; 381/2007, de 24-4; 1094/2011, de 27-10; y 429/2012, de 21-5, entre otras). De modo que han de computarse y darse ambos factores, si bien cuando la cuantía es muy elevada se considera que de la concurrencia de ese primer elemento ya se deriva necesariamente el segundo (STS 1394/2009, de 25-1-2010; se trataba de 3.816.667.656 pesetas, o sea, 22.938.083 euros).*

En lo que respecta al criterio del valor de las cantidades sustraídas, la jurisprudencia ha oscilado en demasía en los distintos supuestos enjuiciados. Así, se consideran cantidades suficientes para apreciar el subtipo agravado las siguientes: 5.544.206 ptas. —33.321 euros— (STS 1519/97, de 1-12); 43 millones de ptas. —258.435 euros— (STS 722/97, de 22-5); 99 millones de ptas. —595.001 euros— (STS 771/99, de 10-5); 71 millones de ptas. —426.718 euros— (STS 616/2002, de 13-4); 43 millones ptas. —258.435 euros— (STS 1615/2002, de 1-10); 40 millones ptas. —240.404 euros— (STS 950/2003, de 1-7); 33 millones de ptas. —198.333 euros— (STS 1706/2003, de 17-12); y 65 millones de ptas. —390.657 euros— (STS 44/2008, de 5-2).

En cambio, no se apreció el subtipo en los supuestos de las siguientes cantidades: 153.000 euros (STS 381/2007, de 24-4); 127.505 euros (STS 1094/2011, de 27-10); y 2.705.000 euros (STS 429/2012, de 21-5).

En el caso que ahora se enjuicia todo indica, pues, que la cifra de 831.621 euros (138.373.418 pesetas) debe incardinarse en las cuantías de especial gravedad, a tenor de las cifras con que se suele operar.

En algunas sentencias se hace referencia a la agravación del delito de estafa por razón de la cuantía, establecida ahora en 50.000 euros, y se argumenta que no hay razones para que se incremente sustancialmente esta cifra cuando se trate de caudales públicos en vez de patrimonios privados (STS 1706/2003, de 17-12).

Sin embargo, los baremos del delito de estafa no son totalmente extrapolables al delito de malversación de caudales públicos, pues lo cierto es que, en el delito de malversación, tal como se reseñó, la norma y la jurisprudencia no sólo atienden al criterio de la cuantía malversada, sino que operan también con el concepto de daño o entorpecimiento del servicio público. Y es en este criterio concreto donde se acumulan las dudas interpretativas, hasta el punto de que la doctrina lo considera un concepto indeterminado excesivamente distorsionador. Pues si bien parece claro que cuando se trata de una cantidad desmesurada el entorpecimiento del servicio sobreviene probablemente de forma inevitable, y también, en sentido contrario, debe quedar excluido cuando la cantidad es

nimia, en las cuantías ubicadas en una zona intermedia la incertidumbre interpretativa que se genera es, en cambio, muy difícil de solventar.

Por otra parte, también debe sopesarse que en el tipo básico de malversación la pena mínima privativa de libertad alcanza el triplo de la que corresponde a la estafa agravada.

En la sentencia 616/2002, de 13 de abril, se argumenta que el efecto negativo para el servicio público que tenga la acción depredadora será normalmente proporcional al monto del caudal sustraído y la importancia relativa de este estará, a su vez, determinada por el nivel económico de la entidad pública afectada y por las necesidades que la misma deba atender. La relatividad de los conceptos y su interdependencia —señala esta sentencia- dificulta inevitablemente la interpretación del tipo en términos abstractos y generales y por ello en su aplicación tendrán los jueces que decidir caso por caso orientados únicamente por los dos criterios ofrecidos en el precepto.

En el caso ahora enjuiciado el Tribunal de instancia operó con un criterio cuantitativamente erróneo, pues da a entender que concurría un desfase patrimonial del veinte por ciento del presupuesto anual de la empresa pública perjudicada, extremo que no se ajusta al cálculo correcto, que se fija en un porcentaje real de un 3,7%, aproximadamente.

Sin embargo, la cantidad malversada supera los 600.000 euros, cuantía a partir de la cual algunas sentencias han considerado que genera ya de por sí necesariamente un entorpecimiento del servicio público (SSTS 2/1998, de 29-7; 616/2002, de 13-4; y 381/2007, de 24-4).

Además, la Sala de instancia también opera con otros criterios, según ya se señaló: el destino dado a los bienes malversados; la dedicación de los trabajadores de la empresa a actividades ajenas a esta durante un veinte por ciento del horario laboral; y también dice que el dinero sustraído podía dedicarse anualmente a comprar nueva maquinaria, contratar más personal a fin de ganar en eficiencia, rapidez y calidad en el servicio, o, lo que es esencial en la gestión de toda administración pública, aminorar la cuantía de la aportación presupuestaria a LIMUSA por parte del Ayuntamiento de Lorca, reduciendo el déficit municipal.

El destino dado a los bienes malversados no se considera un criterio relevante en relación con el elemento del entorpecimiento del servicio público, y presenta además ciertas connotaciones de reproche moral que impide operar con él. Sin embargo, los otros criterios que se acaban de citar sí son atendibles por tener relación con la obstaculización del servicio público y el interés del patrimonio municipal.

Así las cosas, se estima que, dada la elevada suma total malversada y su repercusión que en el caso concreto tuvo para el desarrollo del servicio de limpieza municipal y los intereses generales de los ciudadanos del Ayuntamiento de Lorca, se considera que los criterios utilizados por la Sala de instancia se ajustan a derecho y que ha de ser confirmada la aplicación del subtipo agravado. (Énfasis añadido).

Es verdad que en ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse sin más una inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos (vid. STS 1919/2013, de 22 de marzo que realiza un meticuloso recorrido por todos los precedentes jurisprudenciales recaídos hasta esa fecha sobre el art. 432.2 CP). Pero es imprescindible la referencia a una prestación pública concreta. No basta una abstracta alusión a hipotéticas incidencias en un genérico servicio público globalmente contemplado.

Se requeriría en el hecho probado alguna mínima mención; o, al menos, un contexto que permitiese realizar de manera fundada una inferencia proyectada a actuaciones o servicios concretos. La omisión de las actuaciones a que estaban destinados esos pagos (observatorio permanente de deporte y turismo y diseño de un plan estratégico de turismo deportivo) no parece que alcance a integrar ese entorpecimiento del servicio público que caracteriza el subtipo agravado. Por eso en el presente caso falla la ecuación *cuantía elevada equivale a daño de un servicio público.*

b) Hay que reconocer que la reformulación del delito de malversación llevada a cabo por la reforma de 2015 proporciona algún argumento de refuerzo de la tesis de la Fiscalía; aunque a la vista de lo expuesto en el apartado precedente sería en todo caso insuficiente para invertir la conclusión desestimatoria que vamos a alcanzar. Baste ahora notar que, de acoger el entendimiento expuesto en el recurso, tendríamos que reevaluar el atribuido carácter más beneficioso de la legislación vigente en el momento de los hechos. En efecto, el art. 432.3., párrafo final asigna a esa conducta una pena comprendida entre seis y ocho años, susceptibles de ser incrementados hasta doce. Pero hemos de contemplar y aplicar la nueva legislación en su integridad, y, por tanto, sin ignorar el contenido del actual art. 434 CP que obliga a rebajar la pena en uno o dos grados en los casos allí previstos (reparación íntegra) lo que afectaría a todos los condenados por este delito excepto a Diego Torres. Ello supondría no solo un suelo penológico posible muy inferior (para el *extraneus* el mínimo se situaría en nueve meses; para los funcionarios, en un año y seis meses), sino que, además, ya no plantearía duda alguna el juego del nuevo e intrincado

sistema penológico del art. 77.3 CP que, tal y como viene siendo interpretado, podría llevar las penas incluso por debajo de las efectivamente impuestas en la sentencia de instancia: el art. 390 CP recuperaría por mor del art. 434 en relación a casi todos los penados por este delito su papel de referente para marcar la penalidad, pero sin el condicionante de estar a su mitad superior (art. 77.3 CP anterior) como parece propugnar el Fiscal.

c) Por último, aunque voluntariosamente construidas, tampoco son acogibles las indicaciones del recurso encaminadas a mostrar un daño efectivo en el servicio público. Por una parte, porque el capital de una fundación que opera fundamentalmente con subvenciones públicas no es un término de comparación adecuado. El capital social no siempre es correlativo al presupuesto manejado. Por otra parte, porque se invocan perjuicios hipotéticos y no un concreto daño al servicio público: el Código habla de daño o entorpecimiento *producido*; no de eventuales beneficios no alcanzados por supuestas y muy benéficas aplicaciones que podamos imaginar en abstracto y que podrían haberse dado a los fondos. Esos fondos concretos malversados estaban vinculados a ese programa estratégico y observatorio atinentes al turismo deportivo. Su utilidad social dista de ser esencial; antes, bien, resulta más que discutible. De hecho, el Fiscal la cuestiona en otros apartados de su recurso. Las razones que aducirá el Fiscal para reclamar que se encuadren también en la malversación inversiones de signo similar por la orfandad justificativa en cuanto a su utilidad pública habrían de llevar aquí a considerar no probado un grave daño social derivado de no haberse llevado a cabo ni el plan estratégico ni la implantación del observatorio. Las dudas probatorias en uno y otro caso han de resolverse en la forma más favorable al acusado. Así hizo la Audiencia correctamente en trance de decidir si reconducía a la malversación esos otros desembolsos por prestaciones cuya relevancia y aportación al interés público resultaban dudosos. De la misma forma hemos de resolver nosotros la duda sobre si el incumplimiento de esos compromisos que, pese a ello, fueron retribuidos (malversación), afectó de forma relevante a un servicio público que se habría visto como consecuencia de ello *entorpecido*.

Incluso en la STS 277/2015, de 3 de junio (y no 3 de mayo como, sin duda por un lapsus disculpable, señala el Fiscal) que sirve de guía al recurso, se acaba analizando en concreto por qué se entiende afectado un servicio público*:*

"El Código invita a valorar dos factores –cuantía y afectación del servicio público-. La cuantía por sí sola no bastaría para la agravación.

Dice el art. 432.2 CP: "Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera ***especial gravedad*** *atendiendo al* ***valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público****".*

La norma obliga a atender a esos dos parámetros conjuntamente. Así se deriva de la copulativa "y". No basta solo la elevada cuantía de la malversación; es necesario también que exista un daño o entorpecimiento del servicio público (STS 429/2012, de 21 de mayo). La reforma que entrará en vigor el próximo 1 de julio varía sustancialmente los términos en que habrá de plantearse esta cuestión al crear ya diferenciadas y con autonomía las modalidades agravadas y no una única con doble soporte.

En ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse sin más la inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos (STS 1919/2013, de 22 de marzo que hace un meticuloso recorrido por todos los precedentes jurisprudenciales recaídos sobre el art. 432.2 CP). Pero es insoslayable una referencia a un servicio público concreto…

(…) La ecuación "cuantía elevada equivale a daño de un servicio público" no sería rigurosamente exacta. Así lo subraya la STS 806/2014, de 23 de diciembre que en todo caso valora también que pese a ser muy alta la cantidad malversada había de distribuirse a lo largo de cinco años. Aquí es patente que el monto de los fondos distraídos es muy importante y está muy por encima de la mayor parte de los contemplados en precedentes jurisprudenciales antes enunciados.

Así pues, la cuantía, siendo un elemento muy relevante, no basta. Pero eso no lleva a dar la razón al recurrente por varios motivos:

a) *En el precedente que se acaba de reseñar se trataba de una cantidad que había que distribuir a lo largo de años y que además no estaba específicamente adscrita a un servicio público.*

b) *En este caso también* ***puede entenderse perturbado el "servicio público" cuya conceptuación a los efectos de este precepto no puede hacerse por asimilación a categorías estrictamente administrativas y reglamentistas. No podemos lastrar el precepto con una concepción solipsista, autista o anacrónicamente "nacionalista" en un mundo globalizado en que las necesidades de otras poblaciones no nos resultan ni ajenas ni distantes. La solidaridad con países o zonas geográficas desfavorecidas es reivindicación y reivindicación no secundaria de la ciudadanía. Se canaliza a través de las asignaciones en los presupuestos de cuentas públicas a esas finalidades de ayuda a países necesitados de desarrollo. Esas ayudas no pueden considerase una***

especie de "lujo" o algo ajeno al servicio público entendido en ese sentido amplio. Derivar a fines particulares un montante elevadísimo de lo que los presupuestos autonómicos destinarían a esos fines solidarios supone afectar al servicio público así perfilado y no vinculado de manera miope o alicorta a concepciones ius administrativistas; supone defraudar y pisotear nobles sentimientos del ciudadano que con agrado desea ver destinada una parte de su contribución al erario público a esos fines solidarios trasnacionales aunque ello comporte disminución indirecta de las prestaciones públicas de que él podía beneficiarse. (Énfasis añadido).

El motivo se desestima.

TERCERO.- El siguiente motivo del recurso del Ministerio Publico, denuncia indebida inaplicación de los arts. 432.1 y 2 y 74 CP: reclama para los hechos referidos igualmente a la Comunidad de las Illes Baleares y enmarcados en los ejercicios de 2005 y 2006 la calificación de delito de malversación de caudales públicos.

Es consciente el Fiscal no solo de la naturaleza y estrictas limitaciones del cauce casacional elegido (art. 849.1º LECrim) que impone el más escrupuloso respeto al hecho probado, so pena de inadmisión (art. 884.3º LECrim); sino también y especialmente de los rigurosos condicionantes que rigen la conversión en fase de recurso de una absolución en condena, en virtud de una doctrina jurisprudencial que, arrancando del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y previa metabolización y reformulación por nuestro Tribunal Constitucional, impregna también nuestra jurisprudencia de casación de forma absoluta. Hace protesta expresa el Ministerio Público de querer atenerse a esas rígidas pautas; pero, como veremos, pese a su meritorio –casi hercúleo- esfuerzo, acaba por no conseguirlo, muy probablemente porque no era meta alcanzable.

El Fiscal pone sobre la mesa lo más esencial de los apartados de los hechos probados que relatan los convenios de colaboración de los años 2005 y 2006, firmados entre NOOS y la Fundación Illesport para la celebración de sendos Fórums Illes Balears. Esa constituye la base del desarrollo argumental que viene a continuación. Se resalta que esos convenios surgen como fruto exclusivo de una decisión voluntarista,

arbitraria y ajena a todo cauce procedimental administrativo de uno de los condenados, entonces Presidente de la Comunidad de las Islas Baleares y como consecuencia de ello presidente asimismo de la indicada Fundación. Se simularon los acuerdos adoptados, así como las actas que los documentaban. No solo se omitió cualquier tramitación administrativa, sino que, además, se prescindió de exigir algo tan elemental como la justificación del gasto, llegando a anticiparse abonos. Todavía hoy subsisten cantidades no justificadas en monto relevante.

La cumbre se llevó efectivamente a cabo.

El punto clave del hecho probado en torno al cual ha de girar la discusión viene constituido por un párrafo que el Fiscal no esconde; antes bien lo cita en su recurso. Lo dejamos transcrito:

"El precio de la cumbre, comparativamente con otros eventos de análoga naturaleza, dispuso de un presupuesto muy similar-notablemente inferior al de otros patrocinios, como el concernido al equipo ciclista- y, por lo tanto, no puede descartarse que fuera ajustado al precio de mercado. Por otra parte, la Asociación Instituto Nóos contrató los servicios de terceros para la organización de la cumbre, sin que haya podido determinarse que simulara tales contrataciones mediante la confección de facturas ficticias".

La Audiencia considera que tales hechos son constitutivos de un delito de prevaricación y otro de falsedad. Y deja sentado que era Noos –y en su nombre dos de los acusados- quien decidía las condiciones de contratación asumidas por los responsables públicos: Por *otra parte...se desprende que el President y el resto de altos cargos aquí acusados, asumieron las condiciones de contratación...o, incluso, el seguimiento o control de la ejecución de los contratos que estipularon los responsables de NCE SL. „ (F. 146, 147, 148).*

En definitiva, de todo ello resulta que los responsables políticos asumieron las condiciones de contratación impuestas por Diego Torres e *Ignacio Urdangarín. No obstante afirmar...que la oficina del proyecto existió y fueron prestados los servicios contratados...a satisfacción de las partes.*

Esta secuencia permitirá al Fiscal apuntar a la tipicidad de malversación:

"No se puede estar más de acuerdo en la concluyente afirmación del Tribunal de instancia en este punto, también en lo que al delito de malversación que ahora se postula se aprecia de los hechos probados la concurrencia del tipo subjetivo. Los acusados conocieron

la salida de fondos públicos, porque ellos precisamente dispusieron un montaje, al efecto, conscientes de que no había acreditación alguna de su necesidad, porque omitieron la actividad prevista a tal efecto en la ley, con plena consciencia de la entrega a la voluntad contractual y con ella al beneficio económico de los Sres. Torres y Urdangarín, sin mínima acreditación objetiva del beneficio para la Administración, que por su posición los había erigido en garantes del interés público. Lo conocieron, propiciaron y ejecutaron, y finalizada esa ejecución prescindieron de cualquier diligencia de amparo de los caudales públicos. En sustitución del procedimiento legal de tramitación, el iter *de los acontecimientos y la toma de decisiones supuso hasta tal punto una burla a las previsiones legales eludiendo cualquier tipo de control, que no puede albergarse duda alguna de la voluntad de los partícipes, tanto de los que tomaron las decisiones, como de quienes las solicitaron y presionaron para que estas tuvieran lugar. Todo ello culmina con la falta de cualquier requerimiento por los gestores de los fondos públicos de justificación del gasto. Se evidencia así que no existió, desde el inicio voluntad alguna de control de las cantidades entregadas. No estableciendo tal exigencia, se permitió el apoderamiento ilícito de esos fondos, cuando menos en el importe que finalmente no se justificó, ni cuya devolución se reclamó, con plena conciencia y voluntad de que así fuera. Habilitado, de este modo, un camino para la salida de fondos, que en momento alguno se interceptó".*

Sin embargo, no consigue encontrar el recurrente una palanca fáctica firme para dar el salto, que realiza por su propia cuenta y riesgo, que llevaría a alcanzar una deducción que la Sala de instancia descartó: que los fondos no fueron empleados en la actividad específicamente pactada, o que ésta no se encontraba dentro del ámbito de los objetivos de la Fundación Illesport; o que se estableciesen sobreprecios encaminados a camuflar la salida, con fines puramente particulares, de fondos públicos. Afirma la Audiencia que no consta, que no está acreditado.

El razonamiento desplegado por el Tribunal podría hacer más viable la pretensión del Fiscal en un escenario legal como el ahora vigente, desde 2015, dada la nueva morfología de los delitos de malversación. Antes -en la fecha de los hechos- la conducta típica consistía en ***sustraer*** *o consentir que se* ***sustraiga****. C*aben formas de sustracción burdas; y caben otras disimuladas, o disfrazadas de legítimas inversiones de fondos públicos (contratos ficticios; remuneraciones por servicios aparentados). Pero necesariamente debía producirse una *sustracción.* La gestión desidiosa o incluso desleal o dilapidadora (inversiones en fines o bienes de dudosa utilidad social) -el despilfarro- no quedaban ineludiblemente incardinados en

la malversación. Ahora es eso más factible por la remodelación que se ha efectuado de esa tipicidad asimilándola a la administración desleal (art. 252 CP). Más allá de que no es admisible una aplicación retroactiva de la nueva tipicidad, es de destacar, además, que en la instancia la acusación se fijaba lógicamente -no podía ser de otra forma- en el antiguo delito del art. 432 -"sustraer o consentir que otro sustraiga"-.

Las acciones posteriores a la salida de fondos públicos que puedan ser irregulares (no exigir justificación, no reclamar devoluciones que pudieran ser procedentes…) no constituyen malversación, sin perjuicio en su caso de otras eventuales responsabilidades (STS 277/2015, de 3 de junio).

Nueve premisas bien trabadas sirven al Fiscal para fundar su conclusión: un concierto para beneficiar a los titulares de Noos asumido por ciertas autoridades y funcionarios; una decisión consecuencia de ese concierto y adoptada al margen de cualquier cauce administrativo protocolizado; orfandad de toda justificación de la utilidad o necesidad pública del gasto, acomodación acrítica a los precios marcados por los beneficiarios; ausencia de control sobre precios; imprevisión de garantías para atajar cualquier especulación o riesgos; y, como derivación de todo ello y en definitiva, la anteposición de los intereses particulares. Un corolario: gastos no justificados, al no haberse exigido previamente su justificación.

A continuación, y de forma clara y didáctica, se entretiene el dictamen del Fiscal en desgranar cada uno de los principios esenciales de la actuación administrativa que fueron arrumbados, si no pisoteados; así como de la normativa que soporta cada una de sus afirmaciones, adornándola con pertinentes comentarios y, en algún caso, con referencias jurisprudenciales.

Ninguna tacha puede hacerse a semejante exposición que atornilla, si es que hacía falta, el palmario carácter prevaricador -por su arbitrariedad- de las decisiones adoptadas. Pero no llega a conseguir derribar el muro levantado por la afirmación de contenido probatorio de la sentencia: no se ha podido acreditar que el precio del evento, celebrado efectivamente, se apartase de los precios del mercado. Puede debatirse que fuese una

inversión rentable, que eran fácilmente imaginables otras fórmulas económicamente preferibles para alcanzar los mismos o más logrados objetivos, que el gasto era superfluo… Pero todas esas valoraciones, al menos antes de la reforma de 2015, quedaban al margen del derecho penal (a salvo de la eventual prevaricación): ese tipo de conductas podían hacerse acreedores de un reproche político, y también, muy probablemente, a través del mecanismo de responsabilidad contable merecer una contundente reacción jurídica; pero no el reproche penal que incorporaba entonces el delito de malversación.

La falta de justificación del gasto en el ámbito penal (otra cosa es el campo de la responsabilidad contable) no conduce necesariamente a afirmar que el gasto no se hizo y que el dinero fue malversado. Puede ser prueba de ello, pero también es imaginable –y la Audiencia en este caso lo considera, por lo menos, posible- un gasto realizado efectivamente combinado con la imposibilidad sobrevenida de justificarlo por falta de previsiones o por cualquier otro género de circunstancias, incluida la desidia. Solo si se hubiese acreditado un desvío de cantidades a fines particulares atribuyéndolas falsamente a la inversión en el proyecto podríamos hablar de malversación. Eso es algo que la sentencia niega estar acreditado.

La Audiencia, tras descartar que el simple descontrol en la supervisión y justificación del gasto sea por sí solo delito de malversación (y la apreciación es correcta: puede ser prueba de la malversación, pero la malversación es una conducta previa y diferente), concluye aseverando de forma apodíctica y congruente con lo que había afirmado en el hecho probado, que *el evento se realizó y, por las razones que hemos expuesto con ocasión del análisis de la documentación obrante en la causa -concernida a este hecho, no ha resultado acreditado que la cantidad de 1,1 millones de euros recibida por el Instituto Nóos hubiera sido distraída y, en definitiva, no aplicada a los gastos incurridos para la organización de la cumbre".*

CUARTO.– Recordemos la doctrina antes aludida que sienta la imposibilidad de revisar en casación unos hechos probados en contra del reo. Estas razones con lujo de citas jurisprudenciales, aparecen de forma machacona,

sistemática y profusa en cada una de las impugnaciones que hacen las defensas del recurso del Fiscal.

Es doctrina consolidada. Cercena de forma casi absoluta las posibilidades de revisión tanto de sentencias absolutorias por motivos probatorios como de apreciaciones de hecho beneficiosas para el reo por vía de recurso, por motivos probatorios. Solo argumentos exclusiva y estrictamente jurídicos y de orden penal sustantivo, sin quiebros probatorios, pueden tener aptitud para empeorar la situación del acusado sentenciado mediante un recurso.

La STC 167/2002, de 18 de septiembre constituye el primer hito en nuestra historia jurisprudencial de esa doctrina luego reiterada en más de un centenar de sentencias (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero ó 24/2009, de 26 de enero, 80/2013, 120/2013, 105/2014 ó 191/2014).

El arsenal argumentativo gira alrededor de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrantes, entre otros, del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Si se quiere guardar fidelidad a esos principios –viene a sostenerse- una condena no puede fundarse más que en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la resolución, tras un debate público en el que se brinde ocasión a la defensa para contradecir la totalidad del acervo probatorio. En consecuencia, cuando en vía de recurso se plantean cuestiones de hecho vinculadas a la valoración de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, es imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal debe oír personalmente a testigos, peritos y acusados, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, y corregir en su caso la efectuada por el órgano de instancia. Si no es posible legalmente esa audiencia no será posible un recurso de la acusación por divergencias en la valoración probatoria.

Estas pautas, elaboradas inicialmente en torno a la apelación, son proyectables a la casación.

La doctrina del TC hunde sus raíces en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso *Ekbatani contra Suecia* (STEDH de 26 de mayo de 1988). Le seguirían tres SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso *Helmers contra Suecia*, caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia* y caso *Fejde contra Suecia*). Dicha doctrina se consolidó en múltiples pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*); STEDH 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumania*) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino*). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible.

La doctrina del TEDH es especialmente estricta en estas cuestiones.

Evoquemos algunos de sus últimos pronunciamientos limitándonos a aquéllos referidos a España.

a) La STEDH de 29 de marzo de 2016 (*Gómez Olmeda* c. España) considera inadmisible una condena *ex novo* en apelación (recurso más flexible que la casación) pese que el Tribunal de apelación hace protesta de haber visionado la grabación del juicio en la instancia y pese a respetarse formalmente el hecho probado, pues la discrepancia se refiere a una valoración de cuestiones internas o psicológicas. Leemos en tal sentencia:

"Posteriormente, el Gobierno alegó que el visionado del vídeo por parte de los jueces de la Audiencia Provincial se equiparó a la celebración de un juicio oral a efectos del artículo 6.1 del Convenio. Admitieron que un juicio oral no es exactamente igual que visionar un vídeo, pero subrayó que su visionado había proporcionado a los jueces acceso completo a las pruebas aportadas al tribunal penal. En opinión del Gobierno, el visionado del vídeo situó a los jueces de la Audiencia Provincial en una mejor posición para tomar una decisión acertada sobre el caso que si se hubiese llevado a cabo un nuevo juicio oral, ya que el

primero les había permitido contar con acceso completo y personal a todas las pruebas aportadas al tribunal penal. El Gobierno en consecuencia mantuvo que no hubo vulneración del artículo 6.1 del Convenio.

El Tribunal indica en principio que los hechos que dieron lugar a la actual demanda son parecidos a aquellos en los casos *Valbuena Redondo c. España* (nº 21460/08, de 13 de diciembre de 2011); *Almenara Álvarez c. España* (nº 16096/08, de 25 de octubre de 2011); *García Hernández c. España* (nº 15256/07, de 16 de noviembre de 2010); *Marcos Barrios c. España* (nº 17122/07, de 21 de septiembre de 2010); *Igual Coll c. España* (nº 37496/04, de 10 de marzo de 2009); y *Bazo González* (citado anteriormente), en los que los demandantes, absueltos de cargos penales en primera instancia, fueron condenados por dichos cargos sin haber sido oídos en juicio oral. En el presente caso, sin embargo, el Gobierno sostuvo que el visionado del vídeo por parte de los miembros de la Audiencia supuso llevar a cabo un juicio oral a los efectos del artículo 6.1 del Convenio.

Respecto a los principios generales relevantes aplicables al caso actual, el Tribunal se remite a aquellos enunciados en el caso *Lacadena Calero c. España* (nº 23002/07, §§ 36-38, de 22 de noviembre de 2011).

En el presente caso, es indiscutible que el demandante fue condenado por la Audiencia Provincial por un delito del que fue absuelto en primera instancia sin haber sido oído en persona.

Con el fin de determinar si se ha producido una vulneración del artículo 6 del Convenio, por tanto, es necesario examinar el papel de la Audiencia y la naturaleza de las cuestiones planteadas.

El Tribunal no comparte la exposición del Gobierno de que el demandante no podía recriminar que no se hubiera celebrado un juicio oral teniendo en cuenta que no lo había solicitado. El Tribunal reitera sus conclusiones en el caso *Igual Coll* (citado anteriormente, § 32), en el que señaló que no existió una razón concreta para que el demandante solicitase una vista oral ya que había sido absuelto en primera instancia tras un juicio oral en el que se presentaron pruebas diferentes y en el que fue oído. El Tribunal por tanto considera que el tribunal de apelación tenía el deber de tomar medidas positivas con este fin, a pesar de que el demandante no hubiera solicitado expresamente que se celebrase un juicio oral (see, *mutatis mutandis*, *Dănilă c. Rumanía*, nº 53897/00, § 41, de 8 de marzo de 2007, y *mutatis mutandis*, *Botten c. Noruega*, de 19 de febrero de 1996, § 53, *Informes de sentencias y decisiones* 1996-I).

El Tribunal reitera que es necesario un juicio oral cuando se emplaza al tribunal de apelación a examinar hechos nuevos probados en primera instancia y los ha reconsiderado, yendo más allá de consideraciones estrictamente jurídicas (ver *Igual Coll*, anteriormente citado, § 36).

La Audiencia tuvo en cuenta el elemento objetivo de la denuncia –la existencia de mensajes insultantes a los querellantes- y examinó igualmente el propósito, comportamiento y credibilidad del demandante. Concretamente, la Audiencia, a diferencia del juez de primera instancia, constató que el demandante había sido consciente de que había mensajes

insultantes. También le le impuso una condena por primera vez en relación con este delito. **No obstante, la Audiencia examinó todo ello sin oír al demandante en persona.**

La Audiencia por tanto se separó de las conclusiones del juzgado de primera instancia, realizando una evaluación completa de la cuestión sobre la culpabilidad del demandante tras reconsiderar el caso respecto a los hechos y al derecho (ver, entre otros precedentes, *Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988, § 32, Serie A nº 134; *Constantinescu c.Rumanía*, nº 28871/95, § 55, TEDH 2000-VIII; *Lacadena Calero*, citado anteriormente, §§ 36 y 38; y *mutatis mutandis*, *Ion Tudor c.Rumanía*, nº 14364/06, § 21, de 17 de diciembre de 2013). Al respecto, el Tribunal declaró que cuando se emplaza a un tribunal de apelación a llevar a cabo una evaluación del elemento subjetivo del delito, como ha ocurrido, habría sido necesario en este caso que el tribunal sustanciase un examen personal y directo del testimonio aportado en persona por el inculpado que reclama no haber cometido el presunto acto constitutivo de delito penal (ver *Lacadena Calero*, citado anteriormente, § 47).

La falta de audiencia al acusado es incluso más difícil de conciliar con los requisitos de un proceso equitativo en las circunstancias concretas de este caso, en el que el tribunal de última instancia fue el primer tribunal en condenar al demandante en el proceso incoado para determinar los hechos que se le imputan (ver *Constantinescu*, citado anteriormente, § 59, *Andreescu c.Rumanía*, nº 19452/02, § 70, de 8 de junio de 2010, *Igual Coll*, citado anteriormente, § 35, *Marcos Barrios*, citado anteriormente, § 40; y *Popa and Tãnãsescu c.Rumanía,* nº 19946/04, § 52, de 10 de abril de 2012).

Además, contrariamente a lo mantenido por el Gobierno, el Tribunal considera que el visionado del vídeo por la Audiencia no compensó la falta de juicio oral ya que, en lugar de reaccionar ante el derecho del demandante para dirigirse a la Audiencia, simplemente constituía una parte de la revisión de la Audiencia del procedimiento en primera instancia.

El Tribunal indica que el Tribunal Constitucional, al resolver en casos parecidos, ha establecido que el visionado de un vídeo de un juicio en primera instancia no capacita a un tribunal de apelación para evaluar testimonios personales (ver párrafos 16-17 anteriores)

En consecuencia, no puede considerarse que el visionado del vídeo situase a la Audiencia Provincial en igual posición que el juzgado de primera instancia a efectos del artículo 6.1 del Convenio.

A la vista de cuanto antecede, el Tribunal concluye que, en el presente caso, la Audiencia Provincial incumplió los requisitos de un proceso equitativo. Se ha vulnerado por tanto el artículo 6.1 del Convenio.

b) La STEDH de 20 de septiembre de 2016 (asunto *Hernández Royo contra España*) refrendará la condena dictada en apelación por cuanto los acusados habían sido citados a la vista en la Audiencia Provincial dándoseles así posibilidad de ser oídos. Solo esa circunstancia permite armonizar la condena con las exigencias del art. 61 CEDH, insistiéndose de nuevo en la misma doctrina que se mantiene:

El TEDH reitera su jurisprudencia según la cual la comparecencia de un acusado adquiere una capital relevancia en aras de un proceso penal justo y equitativo. (Lala c. Países Bajos, 22 de septiembre de 1994, § 33, serie A nº 297-A, Poitrimol c. Francia, 23 de noviembre de 1993, § 35, serie A nº 277 A, y De Lorenzo c. Italia (dec.), nº 69264/01, 12 de febrero de 2004), la obligación de garantizar al acusado el derecho a personarse en la sala de audiencia – ya sea en el primer procedimiento en contra suya, o en un nuevo proceso – al ser uno de los elementos esenciales del artículo 6 del Convenio (Stoichkov c. Bulgaria, nº 9808/02, § 56, 24 de marzo de 2005).

La comparecencia personal del acusado no adquiere sin embargo la misma relevancia en la apelación que en primera instancia (Kamasinski c Austria, 19 de diciembre de 1989, § 106, serie A nº 168, § 106). Así, ante un Tribunal de apelación que cuenta con plena jurisdicción, el artículo 6 del Convenio no garantiza necesariamente el derecho a una audiencia pública ni, si tal audiencia tuviera lugar, el de asistir personalmente a los debates (ver, mutatis mutandis, Golubev c. Rusia, dec., nº 26260/02, 9 de noviembre de 2006, y Fejde c. Suecia, 29 de octubre de 1991, § 33, serie A nº 212-C).

Sin embargo, el TEDH ha declarado igualmente que, cuando una instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto de hecho y de derecho y estudiar la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia en su conjunto, tal reexamen debería conducir a una nueva audiencia integra de las partes interesadas (Ekbatani c. Suecia, 26 de mayo de 1988, § 32, serie A nº 134).

El TEDH ya ha tenido la oportunidad de aplicar estos principios en asuntos españoles y ha considerado que, con el fin de determinar si se había producido violación del artículo 6 del Convenio, convenía analizar el papel de la Audiencia Provincial y el carácter de las cuestiones de las que debía conocer esta jurisdicción. ***En efecto, en las causas que se han presentado relativas a esta problemática, el TEDH ha considerado que una audiencia se revela necesaria cuando la jurisdicción de apelación realiza una nueva valoración de los hechos considerados acreditados en Primera Instancia y los estudia de nuevo, situándose así al margen de consideraciones estrictamente jurídicas (ver, entre otras, Valbuena Redondo c. España, nº 21460/08, 13 de diciembre de 2011, y Pérez Martínez c. España, nº 26023/10, 23 de febrero de 2016). En semejante caso, el reexamen de la culpabilidad del acusado debe conducir a una nueva audición integra de las partes interesadas: de esta manera, se impone una audiencia en presencia del acusado antes de que una sentencia sobre la culpabilidad de este último sea dictada (Lacadena Calero c. España, nº 23002/07, § 38, 22 de noviembre de 2011, e Igual Coll c. España, nº 37496/04, § 36, 10 de marzo de 2009).***

El TEDH constata que la causa que le ha sido presentada ofrece ciertas peculiaridades con respecto a los casos anteriormente citados. En efecto, no se discute que una audiencia se ha celebrado ante la Audiencia Provincial de Zaragoza en la que el segundo demandante se personó. El TEDH observa igualmente que el primer demandante había sido citado personalmente a comparecer, que no estaba presente el día de la audiencia y que el representante de los demandantes, que sí se había personado ante la Audiencia Provincial, no dio ninguna explicación sobre esta no comparecencia. Apunta

también que, en el transcurso de la audiencia, los dos testigos propuestos por la acusación particular fueron oídos.

A este respecto, el TEDH señala que, en su Sentencia notificada el 25 de octubre de 2011, el Tribunal Constitucional reprochaba a los demandantes no haber hecho uso de las posibilidades de las que disponían para solicitar ser oídos ante la Audiencia Provincial. El TEDH suscribe este planteamiento, y estima que los demandantes hubieran podido en efecto, solicitar inicialmente ser oídos en el momento en el que la jurisdicción de apelación les informó de la existencia de un recurso contra la sentencia de 25 de junio de 2008. Rechaza en este punto el argumento de los demandantes, que se han amparado en los límites de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como ha sido recordado por el Alto Tribunal, está suficientemente acreditado que la jurisprudencia constitucional permite practicar de nuevo las pruebas de carácter personal (como los testimonios) ya practicadas ante la jurisdicción de Primera Instancia en caso de impugnarse hechos acreditados (párrafo 18 anterior).

Por otra parte, el TEDH apunta, a semejanza del Alto Tribunal, que, tras la audición de los testigos ante la Audiencia Provincial, el representante de los demandantes omitió proponer el interrogatorio de sus clientes, cuando esto le hubiera permitido impugnar las declaraciones de dichos testigos.

El TEDH, a continuación, vuelve sobre la cuestión de si, en el presente caso, la audiencia de los acusados en apelación constituía una exigencia resultante de los derechos de la defensa. A este respecto, conviene referirse al razonamiento del Tribunal Constitucional, quien, tras haber citado exhaustivamente a la jurisprudencia del TEDH, consideró que la jurisdicción de apelación había realizado una nueva valoración de los hechos considerados acreditados por el Juez de lo Penal y que era por tanto necesario oír a los demandantes. Tras analizar de manera muy detallada la tramitación realizada por la Audiencia Provincial, el Tribunal Constitucional, estimó, mediante argumentos que no pueden considerarse arbitrarios o irrazonables, que la citación personal de los demandantes, acordada de oficio por la jurisdicción de apelación, permitió a estos últimos ser oídos y había por tanto garantizado el derecho de los interesados a defenderse. El TEDH suscribe esta conclusión y opina que ninguna falta de diligencia se le puede reprochar a la Audiencia Provincial en lo que se refiere al derecho de los demandantes a que su causa fuera justamente oída. En efecto, habida cuenta de la naturaleza de las cuestiones planteadas en la apelación (las cuales incluían la práctica de nuevas pruebas), la Audiencia, por propia iniciativa, procedió a citar personalmente a los demandantes a la audiencia pública, lo que les habría permitido intervenir, si ésta hubiera sido su intención. El primer demandante no se presentó a la audiencia, sin que su representante justificara su ausencia (párrafo 7 anterior). En cuanto al segundo demandante, estaba, junto a su representante, presente en la audiencia, pero no deseó intervenir. El TEDH tiene en cuenta estos elementos y considera que son los propios demandantes quienes han renunciado a la práctica de esta posibilidad ofrecida por la Audiencia Provincial (ver, mutatis mutandis, Kashlev c. Estonia, nº 22574/08, §§ 45-46 y 51, 26 de abril de 2016).

Finalmente, el TEDH estima necesario examinar la queja de los demandantes relativa a la necesidad de reproducir la totalidad de las pruebas ya practicadas ante el Juez de lo Penal. Recuerda que, si el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, no regula, sin embargo, como tal, la admisibilidad de las pruebas, materia que compete, en primer lugar al Derecho interno (Schenk c. Suiza, 12 de julio de 1988, §§ 45-46, serie A nº 140, Teixeira de Castro c. Portugal, 9 de junio de 1998, § 34, Compendio de sentencias y decisiones 1998-IV, y Heglas c. Republica checa, nº 5935/02, § 84, 1 de marzo de 2007). En efecto, la tarea del TEDH consiste en examinar si el procedimiento, incluida la forma de obtención de las pruebas, ha sido justo en su conjunto.

El razonamiento y la solución son paralelos en la muy reciente STDH de 13 de marzo de 2018 (*De Vilches Gancedo y otros c. España*). Si se *bendice* la condena dictada en segunda instancia revocando la absolución del Juzgado de lo Penal, es porque a los acusados se les brindó la oportunidad de ser oídos personalmente ante la Audiencia Provincial. Sin esa audiencia sería imposible la revocación.

En casación no es legalmente factible la audiencia de los acusados.

Las partes recurridas insisten en esta cuestión con abundante reseña de sentencias tanto de esta Sala como del TEDH y del TC que, se localizan con extrema facilidad: con unos breves minutos en cualquier base de datos jurídica se obtiene un largo listado de pronunciamientos de ese tenor, que han ido acumulándose y siguen recayendo habiendo formado, como por aluvión, un extenso y cuajado cuerpo doctrinal.

c) En el seno de este Tribunal, puede servir como reciente botón de muestra la STS 363/2017, de 19 de mayo. Es evocada por alguno de los recurridos.

Tras reproducir las líneas generales que acaban de exponerse se dice:

"El TEDH ha ido más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal antes de resolver, aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en la doctrina del TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es debate sobre estrictas cuestiones jurídicas.

Contrastemos estas premisas con el camino casacional que intenta la acusación particular: el art. 849.2º LECrim.

Una serie de pronunciamientos del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 LECrim. Ha de considerarse prácticamente abolida su capacidad de operar contra reo en materia penal. Particularmente significativa es la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España). La inicial sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica. Se apoyó la Audiencia en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal de Estrasburgo se violó el artículo 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto Gómez Olmedo c. España).

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 proclamó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no sería compatible con la naturaleza de la casación. Con ese acuerdo esta Sala Segunda de manera indirecta cercenó drásticamente la viabilidad del art. 849.2º LECrim en perjuicio del reo. La doctrina del TEDH cancela su capacidad para sustentar una condena dictada en casación salvo correctivos interpretativos.

Esa conclusión se baraja ya en la STS 976/2013, 30 diciembre: «...sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".

Estimar el motivo con el alcance que le confiere la recurrente supondría violentar la doctrina que se ha tratado de sintetizar. La capacidad revisora del art. 849.2º LECrim ha de entenderse extremadamente reducida cuando se utiliza contra reo; salvo que reinterpretemos el art. 902 LECrim considerándolo inoperante en esos casos. No cabe como regla general dictar segunda sentencia condenatoria o agravatoria como consecuencia de la estimación de un motivo apoyado en el art. 849.2º LECrim".

Y más adelante:

"Como se sugiere en la citada STS 976/2013 y como propone el Fiscal según se indicó, cabe reenfocar esa petición hacia metas diferentes. No puede esta Sala ex novo dictar una segunda sentencia condenatoria; pero sí estaría facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, (o en general de toda la actividad probatoria) para anular la sentencia y devolver el examen al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento o pruebas en general.

Esa salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Ha de tratarse de una

arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En una u otra vía (art. 849.2º ó art. 852) la respuesta habrá de ser la misma: anulación de la sentencia y reenvío al Tribunal de instancia; nunca pronunciar una segunda sentencia como hasta ahora imponía (con alguna excepción) la estimación de cualquier motivo por infracción de ley.

Pero no solo es que el razonamiento de la Sala diste mucho de ser arbitrario; es que es razonable; tanto, al menos, como las discrepancias que el Fiscal en casación aduce respecto de algún punto del mismo, discrepancia que, a fin de cuentas, como él mismo expresa aboca al *in dubio*"

Son muchos otros los precedentes, anteriores y posteriores, que, enfatizando unas u otras cuestiones, sostienen en lo esencial idéntica doctrina.

La absolución recaída se combate exclusivamente a través del art. 849.1º. No se intenta un motivo subsidiario canalizado por el art. 852 LECrim interesando la nulidad de la sentencia por falta de lógica o irracionalidad. Ni el Fiscal ni ninguna de las restantes partes activas ensayan esa vía. No hay ninguna solicitud reclamando la nulidad de la sentencia, lo que nos impide reformatear desde esa perspectiva estas quejas (art. 240.2 LOPJ).

No sobra finalmente apuntar que pese a la consistencia de las razones esgrimidas por el Fiscal para defender sus divergencias respecto de la valoración probatoria efectuada por la Sala en unos concretos extremos (que eso es lo que en definitiva encierra en su núcleo el motivo entablado), la ponderación probatoria de las jueces *a quibus,* pudiendo discutirse legítimamente y estando fundadas posibles discrepancias, no puede ser tildada de irracional o contraria a la lógica: está justificada y pone de manifiesto la pervivencia de un margen de incertidumbre en esos concretos extremos en la percepción de las Magistradas que presenciaron toda la prueba; y que, como es obligado en una causa penal, se ha solventado inclinándose por la hipótesis más favorable a los acusados, es decir, no dando por probadas aquellas cuestiones perjudiciales para ellos respecto de las que no se alcanza el canónico estándar de *certeza más allá de toda duda razonable.*

QUINTO. - El tercer motivo del recurso del Ministerio Fiscal aborda una cuestión puramente dosimétrica. Afecta a los condenados Juan Carlos Alia Pino y Miguel Ángel Bonet Fiol.

Ambos han merecido idéntica condena: se les considera responsables de un delito de falsedad documental del art. 390.1. 2° CP, en concurso medial (art. 77.3 CP) con un delito de prevaricación del art. 404 del mismo cuerpo legal. Se aprecia en ambos la concurrencia de dos atenuantes: analógica de confesión, -art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP-; y reparación del daño -art. 21.5-.

La sentencia impone a cada uno de ellos la penalidad conjunta de un año y dos días de prisión –que se sustituye de conformidad con lo previsto en el art. 88 CP por 24 meses y 4 días de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros-; multa de un mes y diecisiete días, con idéntica cuota; e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de seis meses y dos días.

Como la Audiencia se limita a enunciar unos criterios ponderativos generales sin descender a explicar caso a caso la penalidad concreta impuesta y sin detallar cada uno de los pasos seguidos, hay que operar a base de suposiciones e intuiciones para reconstruir el camino que pudo haber llevado al Tribunal a esas concretas extensiones.

Es otra vez el art. 849.1º LECrim la palanca usada por el Fiscal para intentar cambiar en este concreto punto la decisión de la audiencia. Se habría vulnerado con esa cuantificación penológica la regla establecida en el art. 70.1.2° CP.

El Fiscal razona partiendo de la presencia de un concurso medial que obligaría a imponer la mitad superior de la pena correspondiente al delito más grave, que sería la falsedad. Las penas de este delito son de prisión de tres a seis años; multa de seis a veinticuatro meses; e inhabilitación especial entre dos y seis años. Si buscamos su mitad superior (art. 77.3 anterior a la reforma de 2015) tendríamos una pena comprendida entre cuatro años y

seis meses; y seis años de prisión; multa de quince a veinticuatro meses; e inhabilitación especial entre cuatro y seis años.

Desde esas cuantías debemos descender un grado o dos facultativamente:

a) Al descender el primer grado nos encontramos ante una horquilla comprendida entre 2 años y 3 meses; y 4 años, cinco meses y 29 días de prisión; multa de siete meses y quince días a catorce meses menos un día; e inhabilitación especial de dos, a cuatro años menos un día.

b) Si bajamos otro escalón, como sería posible (art. 66), tendríamos un marco comprendido entre 1 año, 1 mes y 15 días, a 2 años y 3 meses menos un día de prisión; multa de tres meses y veintidós días a siete meses y catorce días; e inhabilitación especial de uno a dos años menos un día.

c) La penalidad mínima posible sería de 1 año, un mes y quince días de prisión; tres meses y siete días de multa; y un año de inhabilitación especial.

Como se puede observar, las penas impuestas rebasarían el suelo mínimo fijado por la ley, tope que resulta infranqueable.

El razonamiento es impecable. Pero tropezamos con dos objeciones, para dar luz verde a la pretensión del Fiscal una procesal y otra de derecho penal sustantivo. Nos impiden estimar el recurso pese a que las partes recurridas no se han opuesto al mismo en virtud, según expusieron, del acuerdo alcanzado con la acusación pública, pacto oficioso que, obviamente, no vincula al Tribunal.

a) En el primer orden de cosas tenemos, como señala el propio Ministerio Público, que el examen del escrito de conclusiones definitivas del Fiscal muestra unas peticiones de pena por debajo de las reclamadas ahora; e incluso en algún caso inferiores a las impuestas en la sentencia: nueve

meses de prisión a sustituir por 18 meses de multa, multa de un mes y quince días e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de seis meses. En este punto hemos de remitirnos a lo que se dirá en el siguiente fundamento de derecho donde analizamos esta cuestión con más detalle: la Audiencia está autorizada para imponer una pena superior a la reclamada por las acusaciones cuando éstas omiten una pena legalmente obligatoria o fijan una extensión por debajo del suelo previsto en la norma. Pero si no han operado así –y aquí, en todo caso, parece que el ligero incremento de penas obedece a esa realidad-, la acusación no estará legitimada para provocar en casación esa corrección al alza contradiciendo su petición en la instancia. Le falta gravamen. El Fiscal no está vinculado por la prohibición de "ir contra los propios actos" (art. 94 del reglamento de su Estatuto Orgánico); pero sí que rigen para él las limitaciones de legitimación, gravamen y prohibición de cuestiones nuevas que atan a todos los actores procesales. En un motivo ulterior insistimos sobre esto.

b) En el plano sustantivo la observación es doble: de una parte, que desde esa perspectiva no es descartable que fuese preferible penar por separado, dado que la pena privativa de libertad podría quedar reducida a una extensión comprendida entre nueve meses; y un año, y seis meses menos un día; la de multa entre un mes y quince días; y tres meses menos un día; e inhabilitación especial entre seis meses y un año menos un día. La pena de la prevaricación, por separado, se concretaría en una inhabilitación especial comprendida entre un año y nueve meses y tres años y seis meses menos un día. De otra, y más importante es que planteadas las cosas en los términos en que finalmente han quedado, la condena establecida respecto de estos dos acusados resultaría más favorable la aplicación del Código según la reforma producida en 2015. El nuevo art. 77.3 CP varía sustancialmente la forma de penar el concurso medial con una fórmula un tanto alambicada que permite arribar sin dificultad a las cuantificaciones que ha fijado la Sala de instancia; al menos en lo que respecta a las penas privativas de libertad y de multa. No es obligado partir de la mitad superior como sucedía con el anterior art. 77.3 CP. No podemos variar, por otra parte, la pena de inhabilitación por carecer de gravamen el Ministerio Fiscal.

SEXTO.- El siguiente motivo del recurso del Ministerio Público aborda otra cuestión penológica: reclama la adición de una pena de multa a la pena privativa de libertad fijada para el delito de tráfico de influencias por el que son condenados Ignacio Urdangarín y Diego Torres. Sería un problema de estricta legalidad (art. 849.1º LECrim).

La Sala impone solo una pena de prisión basándose en que la acusación popular, única parte que mantuvo la acusación por este delito, no solicitaba pena de multa; tan solo la pena de prisión (aunque es verdad que trataba de justificar esa omisión por la inconcreción del punto de referencia para cuantificar la multa -beneficio perseguido- invocando además una sentencia de esta Sala que apoyaría esa opción).

Según el Fiscal, la Sala se equivocó al sentirse atada por esa omisión de la acusación. No le falta razón en esa apreciación, aunque no repara en que la posición de la Audiencia parece sustentarse también en alguna otra razón. Esa estimación vendría corroborada por el hecho de que en otros puntos (muy significativo es en este sentido el auto de complemento) la Audiencia ha elevado las peticiones penológicas de las acusaciones invocando razones de legalidad, aunque sin sobrepasar el mínimo legal posible.

La jurisprudencia más tradicional negaba cualquier vinculación del Tribunal al *petitum* penológico concreto de las acusaciones. Mantenía libertad plena para moverse dentro del marco normativo pudiendo incluso incrementar hasta el correspondiente tope legal el *quantum* penológico concreto interesado por las acusaciones (entre muchas otras, SSTS de 6 de junio y 22 de octubre de 1988, 6 de abril de 1989, 17 de septiembre y 15 de octubre de 1992, 553/1993, de 4 de marzo, 2692/1993, de 30 de noviembre, 5 de marzo de 2001, 17 de julio de 2001, 26 de octubre de 2001, 25 de marzo de 2003 y 7 de diciembre de 2005).

Un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 20 de diciembre de 2006 supuso un giro copernicano en esa cuestión. Enunció el siguiente criterio: "El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más

grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

El criterio cristalizó en la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007.

De ella extraemos tres aseveraciones primordiales:

i) que no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal –abreviado u ordinario-. No puede haber un procedimiento más "acusatorio" que otro;

ii) que el principio acusatorio, que deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 CE), y es manifestación del principio de congruencia y del derecho de defensa, no queda constreñido al *factum. A*lcanza a la valoración jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la petición punitiva; y

iii) que siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 LECrim al efecto de corregir errores u omisiones en la pena solicitada por las acusaciones, brindando a las partes la oportunidad de un debate contradictorio.

Las SSTS 393/2007, de 27 de abril, 504/2007, de 28 de mayo; 897/2008, de 1 de diciembre o 84/2009, de 30 de enero reiteraron la doctrina.

Quedaban sin solucionar los casos en que la petición de la acusación se movía por debajo del mínimo legalmente fijado u omitía la petición de una pena obligada. Así sucedió aquí.

Abordó esa cuestión un acuerdo complementario que lleva fecha de 27 de febrero de 2007 y que es invocado por el Fiscal:

"el anterior Acuerdo de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las

previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena".

Se faculta así a el juzgador para corregir al alza –si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones –ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal; ya sea por la omisión de petición de una de las procedentes-.

El contenido del acuerdo quedó reflejado en las SSTS 11/2008, de 11 de enero, y 89/2008, de 11 de febrero. En los dos casos la Audiencia había suplido en la sentencia la omisión por el Fiscal de la petición de la pena de multa conjunta que el Código señalaba para el delito objeto de enjuiciamiento. La misma situación a la que nos enfrentamos aquí.

El criterio clásico del Tribunal Constitucional era ese. Lo desarrolla la STC 174/2003, de 29 de septiembre: "*Resta, pues, únicamente examinar la relevancia de la alegación relativa a la incidencia que sobre el derecho a la defensa del recurrente haya podido tener su inhabilitación especial para la profesión y oficio de ganadero y el ejercicio de la industria o comercio de explotación ganadera por tiempo de tres años, pena no solicitada por el Ministerio público. Al efecto hemos de observar que la Sentencia del Juez de lo Penal, confirmada por la de la Audiencia Provincial, respetó el doble condicionamiento fáctico y jurídico resultante de la delimitación y de la subsunción jurídica efectuada por el Fiscal de los hechos respecto de los que formuló acusación, lo que posibilitó que los distintos hechos y circunstancias penalmente relevantes concurrentes en el caso fueran debatidos por la defensa del acusado (SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 75/2003, de 23 de abril, FJ 5). Asimismo el órgano judicial motivó la razón por la que imponía, dentro de la correspondiente al tipo penal por el que se formuló acusación, una pena superior a la concretamente solicitada por el Ministerio público (SSTC 59/2000, de 3 de marzo; 75/2000, de 27 de marzo; 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 122/2000, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; y 221/2001, de 31 de octubre, entre otras): la necesidad de remediar un error de la acusación que había omitido pedir como pena principal, que no como accesoria, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación (STC 17/1988, de 16 de febrero), pena que impuso en su grado mínimo. De todo lo expuesto cabe concluir que la indefensión de que se duele el demandante de amparo, de haberse producido, sería*

meramente formal, mientras que la estimación del amparo requiere que se haya producido una indefensión material, real o efectiva (entre otras, SSTC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 62/1998, de 17 de marzo, FJ 3; 126/1991, de 6 de junio, FJ 4), pues el Juez de lo penal impuso una pena forzosamente vinculada al tipo penal en el cual el Fiscal había subsumido los hechos por los que formuló acusación dentro del marco penal establecido por la ley (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; y ATC 377/1987, de 25 de marzo) y en su grado mínimo, sin que al ser la pena impuesta en este grado y estar prevista por la ley pueda estimarse sorpresiva por la defensa, y sin que, por añadidura, el demandante haya acreditado, ni siquiera alegado, ni en su recurso de apelación ni en la demanda de amparo, habiendo, sin dificultad alguna, podido hacerlo, las razones de la improcedencia de esta pena mínima legal cuando a los hechos y a la calificación jurídica alegados y realizada por la acusación corresponde necesariamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por lo que cabe afirmar que el demandante de amparo no ha cumplido con la carga de argumentación que sobre él pesa, puesto que resulta preceptivo que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Por esta misma razón, como acertadamente advierte el Fiscal, carece de virtualidad la alegación del demandante relativa a que se le ha impedido solicitar pruebas que pudieran haber servido para contrarrestar la ampliación de la pena solicitada, no sólo porque ni siquiera haya indicado la prueba que en su caso se hubiera propuesto y su influencia en la decisión tomada, sino porque, habida cuenta de que se ha impuesto la pena combatida en su grado mínimo, ésta no puede disminuirse argumentando o probando exclusivamente sobre la pena, pues para que procediera la disminución debería probarse un menor grado de perfección del delito, o la concurrencia de dos o más atenuantes, o de una muy calificada, o de una eximente incompleta, lo que podría haberse intentado en cualquier caso por su relevancia respecto de toda clase de penas y no sólo respecto de la de inhabilitación especial.

En consecuencia, por las razones expuestas no cabe apreciar en este supuesto que el demandante haya cumplido con la carga de argumentación y fundamentación de la indefensión material que sobre él pesa, lo que se traduce en la necesidad de "razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2)", así como en la exigencia de "argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8;

1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)" (STC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2)". Nótese sin embargo que en un supuesto con algún paralelismo –sentencia 71/2005, de 4 de abril- se llegó a la solución contraria por entenderse que el cambio de penas –inhabilitación y multa en lugar de prisión- que acarreaba la mutación del tipo penal –condena por el delito del art. 410 cuando se acusaba por el delito de desobediencia genérico –art. 556- determinaba indefensión pues la defensa no podía haber opuesto posibles datos que influyen en la determinación de tales penas.

El Tribunal Constitucional experimentó una evolución paralela a la observada en la jurisprudencia de esta Sala rectificando anteriores posturas más flexibles. La STC (Pleno) 155/2009, de 25 de junio, otorgó el amparo a la condenada en juicio de faltas a pena de localización permanente cuando el Fiscal había interesado la de multa (ambas penas eran alternativas en el precepto aplicado). Razonaba así:

"… resulta preciso replantear la cuestión y ***avanzar un paso más*** *en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.*

De este modo, por una parte, se refuerzan y garantizan en su debida dimensión constitucional los derechos de defensa del acusado. En efecto, la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto tal, de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado. Obviamente a éste ha de informársele, ex art. 24.2 CE, no sólo de los hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquélla pretende por la comisión de dichos hechos; esto es, la pena cuya imposición se solicita. ***El acusado ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación por los hechos imputados y la calificación jurídica que éstos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o***

cuantía de las solicitadas por la acusación. En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario giran exclusivamente, en lo que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a las que aquél ejerce su derecho constitucional de defensa. Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

Por otra parte el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se cohonesta mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Ciertamente aquella garantía resulta mejor protegida si el órgano judicial no asume la iniciativa de imponer ex oficio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal…".

De este excurso resulta que ciertamente la Audiencia de Palma de Mallorca podría haber suplido la omisión de la acusación popular imponiendo junto a la pena privativa de libertad una pena de multa, indebidamente omitida. Hubiese actuado correctamente y tal decisión hubiese sido inatacable. En esa premisa acompañaría toda la razón a la Fiscalía, sin perjuicio de la matización efectuada antes en cuanto a que quizás no fue esa la única razón manejada por el Tribunal.

En efecto, la STS 411/2015, de 1 de julio, expresamente citada, parece admitir, convalidando la actuación del Fiscal en la instancia que había omitido la petición de la pena de multa de una acusación por tráfico de influencias, que cuando el beneficio pretendido no sea cuantificable de forma clara, se prescinda de la pena pecuniaria al no contarse con un referente para su fijación:

"Respecto a la pena impuesta, tampoco tal cuestión fue formulada expresamente en el recurso articulado ante el T.S.J., lo que bastaría para desestimar la pretensión. Sin embargo, el hecho de que acumulativamente se establezca en el texto punitivo una pena de

prisión y otra de multa, no debe impedir la imposición de la primera -que no ofrece ningún obstáculo jurídico, por el hecho de dejar de imponerse la segunda (multa) consecuencia de no haberse acreditado el beneficio pretendido, pues dentro del tipo básico y agravado se produce una distinción esencial, en el sentido de que no es necesario la obtención del beneficio buscado por el sujeto agente en la modalidad básica. **De todos modos, falta igualmente un dictamen pericial, que pudiera establecer con aproximación el beneficio pretendido. Ante tal indeterminación el Fiscal, única parte acusadora, no interesó en las conclusiones definitivas la imposición de multa. Ello haría que en virtud del principio acusatorio no pudiera imponerse tal pena".**

Ahora bien y en todo caso, que la Audiencia Provincial lo hubiese podido hacer de oficio, no significa que la posición de este Tribunal en casación sea la misma. Una cosa son las facultades del Tribunal en la instancia, y otra las que vienen legalmente atribuidas a un Tribunal de casación: solo puede corregir los defectos de la sentencia en cuanto sean denunciados por partes legitimadas para hacerlo. No puede de oficio –o a instancia de parte no habilitada para una determinada petición- corregir otras deficiencias. Está constreñido por ese marco legal. Su posición es muy distinta a la del Tribunal de instancia.

El Fiscal carece de gravamen para impugnar ese aspecto de la sentencia; como también carecería de gravamen la acusación popular. No pidieron esa pena de multa (el Fiscal no acusaba por tal delito). Por tanto, ahora, no pueden arrogarse legitimación para reclamarla en casación, introduciendo una cuestión nueva no debatida en la instancia. Es verdad que la Audiencia de oficio, y sin necesidad de plantear la tesis del art. 733 LECrim (como entiende la jurisprudencia mayoritaria, aunque algún sector doctrinal cree que lo correcto es exigir previamente la invitación a las partes regulada en el art. 733) podría haber subsanado la omisión de la acusación imponiendo la multa. Pero no estamos habilitados nosotros para hacerlo porque ninguna de las acusaciones goza de legitimación para protestar por ese supuesto defecto de la sentencia. No pueden pedir en casación lo que no pidieron en la instancia, ni expresa ni tácitamente. Las facultades para actuar de oficio que tiene el Tribunal de instancia no se traspasan automáticamente al tribunal de casación.

La muy reciente STS 214/2018, de 8 de mayo analizaba en casación una pretensión semejante dándole la misma respuesta desestimatoria que aquí ofrecemos:

"El Ministerio fiscal señala, para esta recurrente y otros, en una situación similar, que se ha producido un error en la imposición de las penas de inhabilitación absoluta, y respecto a dos condenados, respecto a las penas privativas de libertad instando la corrección del error con apropiación de la consecuencia jurídica. Sostiene que las penas procedentes al delito continuado de malversación agravado por la concurrencia del párrafo segundo del art. 432 no es la impuesta en la sentencia y propugna que el error en la imposición de la pena sea corregido por esta Sala en aplicación de los Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 26-12-2006, en realidad 20 de diciembre de 2006, y de 27 de noviembre de 2007 y fijar la pena mínima prevista para la tipicidad declarada.

La alegación del Ministerio público es cierta y la pena impuesta, para este recurrente y otros en situación procesal similar, es errónea en la medida en que no se ha tenido en cuenta la resultancia de las agravaciones por la concurrencia del número 2 del art. 432 Cp y la continuidad delictiva.

Ahora bien, el Ministerio fiscal no formuló una pretensión de revisión, ni se adhirió a los presentados por los recurrentes, posibilitando el cumplimiento de las exigencias de contradicción ínsitas en los recursos que pretenden una modificación de una sentencia impugnada. A través del recurso, en su caso de la adhesión, el recurrente propone una modificación que es comunicada a la defensa que se informa de la impugnación y, a su ve realiza un informe en el sentido que le interesa. En el caso no se ha producido esa pretensión de revisión y, por lo tanto, no se ha realizado la contradicción necesaria en toda pretensión revisora.

El Ministerio público apoya la revisión en esta sede casacional en los Acuerdos de 20 de diciembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007. El primero es tangencial al objeto de esta casación "El tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones", lo que no es sino manifestación del principio acusatorio concretado la fijación de las penas por el órgano judicial y extendiendo la previsión del art. 789.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal para el procedimiento abreviado, al resto de los procesos. El Acuerdo de 27 de noviembre de 2007 puntualiza el anterior Acuerdo para señalar que el referido Acuerdo debe ser entendido en el sentido de que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no se alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer la pena mínima establecida para el delito objeto de la condena.

Se trata de una precisión que permite subsanar errores respecto al principio de legalidad, de manera que en sede casacional pueda confirmarse las resoluciones que, observando la legalidad en la imposición de la pena, subsume un error en la pretensión deducida por las acusaciones. Es decir, la Sala de casación no podría corregir por error de derecho, por infracción de ley, una pena legalmente impuesta cuando en la instancia se ha corregido un error de la acusación y se ha impuesto la pena procedente. Sería un

contrasentido declarar que la pena impuesta, una pena procedente, se corrige por un error de derecho, lo que no concurre pues se trata de un error que el tribunal de instancia soluciona aplicando el principio de legalidad, pero ello no permite al tribunal de casación la subsanación de un error respecto al que no se plantea su modificación por la vía legalmente prevista.

El alcance del Acuerdo no supone, como se postula, que el Tribunal de casación, sin un recurso previo y, por lo tanto, sin contradicción, pueda alterar una pena, pues esa posibilidad afecta a la *reformatio in peius*, que consolida la situación jurídica preexistente salvo recurso oportunamente deducido.

Consecuentemente, constatamos el error que se afirma, pues la pena impuesta, por las razones señaladas no es procedente, pero tampoco es factible la modificación de las penas impuestas sin una pretensión deducida que garantice la contradicción".

La proyección de unas y otras consideraciones al presente caso reclama ulteriores precisiones.

De un lado, es cierto que, en este caso, a diferencia de algunos de los precedentes que hemos invocado sí que existe un recurso interpuesto por el Fiscal dirigido específicamente a corregir ese supuesto defecto. Por tanto, el principio de contradicción quedaría salvaguardado.

Pero no es el principio de contradicción el que nos cierra la puerta a examinar esa cuestión. Es otro tema previo como enseguida se explicará.

De otro lado, es claro que el principio de legalidad que inspira toda la actuación del Ministerio Fiscal (art. 124 CE) dota de importantes especialidades a su posición procesal que no es equiparable *sic et simpliciter* a las de las demás partes. No está atado el Fiscal por el principio de sujeción a los propios actos (art. 94 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1969). En consecuencia, no es obstáculo para su petición que no sea armónica con su posición procesal en la instancia. El Ministerio Público puede variar su punto de vista en las sucesivas etapas procesales. Por eso no es infrecuente y resulta totalmente armónico con su posición institucional que en casación muchas veces enarbole, apoyando recursos de las partes, posiciones que no se identifican con las que mantuvo en la instancia (SSTS 504/2017, de 3 de julio ó 4/2015 de 29 de enero). Nada de anómalo hay en

ello; antes bien es buena muestra del encadenamiento a los principios de legalidad e imparcialidad del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, eso es factible cuando una parte legitimada ha planteado un recurso. Nada impide que al informar sobre él el Fiscal, apartándose de su posición en la instancia, lo apoye total o parcialmente por razones de legalidad. Pero lo que no puede, como ninguna otra parte, es recurrir directa y autónomamente para preconizar una petición incongruente con sus pretensiones en la instancia. Si alguna parte legitimada hubiese entablado recurso por esa cuestión, el Fiscal podría adherirse. Pero no puede erigirse en exclusivo valedor de lo que ni él, ni nadie reclamó en la instancia.

El hecho de que el objeto de esta causa sea plural y por tanto se entremezclen recursos y peticiones no puede enturbiar la contemplación aislada de esta cuestión. Es claro que si estuviésemos ante un proceso cuyo exclusivo objeto hubiese sido ese delito de tráfico de influencias que hubiese dado lugar a la condena, si el sindicato erigido en único acusador no hubiese recurrido por esa cuestión no podría admitirse la legitimación del Fiscal para promover un recurso encaminado a pedir la agravación de una condena contraria a su petición en la instancia (absolución), para que se añadiese una pena no pedida por nadie.

El motivo ha de ser igualmente desestimado.

SÉPTIMO. - En el quinto motivo de su recurso el Fiscal critica la aplicación que hace la sentencia del art. **65.3 CP** a los dos particulares (Ignacio Urdangarín y Diego Torres) condenados por el delito del art. **436 CP**.

Esa tipicidad (fraude a la Administración) fue objeto de reforma en 2010 incluyéndose ya de manera expresa (y no solo implícita o por extensión vía art. 28 CP) al particular. Antes solo se mencionaba al funcionario. El **fraude a la administración** del art. 436 ha dejado de ser –al menos en una de las dos vertientes de la tipicidad que constituyen como su anverso y reverso- un delito especial. La pena para las dos personas implicadas (funcionario o

autoridad y particular que se convienen para defraudar a la Administración) está asimilada.

Eso es ahora claro. No hay más que leer la actual redacción del precepto.

"La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. **Al particular** que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años".

En 2015 se incrementaron las penas.

El Fiscal sostiene que antes del 22 de diciembre de 2010 ya era así: el delito exigía necesariamente, al menos, dos autores en cuanto la conducta típica consistía en la confabulación entre el funcionario o autoridad y un particular. Aunque éste no estuviese mencionado era inexorablemente un cooperador necesario (si no inductor) de presencia no contingente, sino ineludible. Sin él no habría tipicidad: es un delito plurisubjetivo (al menos en la modalidad de confabulación; no, quizás, en la de uso de artificio). De ahí deriva que no podía jugar el art. 65.3 pues necesariamente el art. 436 castigaba también implícitamente al particular que debía merecer la pena prevista, sin posibilidad de rebaja.

La redacción aplicada -y aplicable a los hechos ahora enjuiciados- del art. 436 CP era confusa en ese punto. Las dudas que podía suscitar, en efecto, han sido definitivamente despejadas por la reforma de 2010. Hoy la conducta de los dos mencionados condenados –particulares- merecería una pena de, al menos, dos años de prisión sin la rebaja en un grado que efectúa la Audiencia sobre la pena mínima prevista entonces (1 año).

Rezaba así el anterior art. 436:

"La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años".

La Audiencia Provincial ha entendido que hasta diciembre de 2010 era un delito especial que requería la condición de autoridad o funcionario para ser autor. Además, necesariamente debía concurrir dolo en ese funcionario; lo que hace impensable la comisión de un delito del art. 436 sin la intervención protagonista de un *intraneus* autor. El particular partícipe –necesariamente tenía que haberlo en la modalidad de *concierto*- había de verse beneficiado, por ello, con la posibilidad de rebaja introducida en la reforma de 2003 en el art. 65.3 CP. En virtud de esa concepción degrada la penalidad en criterio que el Fiscal pretende corregir en casación.

Bajo la redacción del art. 436 CP anterior cabrían tres interpretaciones en abstracto:

a) El art. 436 CP solo quería sancionar penalmente al funcionario o autoridad que por razón de su cargo interviniese en algún acto de contratación pública y se concertaba con los interesados para perjudicar el patrimonio público. La conducta del particular interviniente no estaba incluida. Sería atípica. Solo a partir de diciembre de 2010 habría pasado a ser castigada con la previsión de una tipicidad complementaria.

b) En las antípodas se situaría la tesis que aquí sostiene el Fiscal: ya bajo la vigencia de la redacción anterior el particular que se confabulaba con el funcionario estaba sancionado y con idéntica penalidad. El tipo, de naturaleza bilateral, lo contempla de forma implícita por lo que no resultaba de aplicación la eventual rebaja penológica que prevé el tan citado art. 65.3 CP. El particular con quien se concertaba el funcionario, siempre que hubiese dolo por su parte, sería cooperador necesario, si no coautor, de un delito cuya pena está fijada pensando también en él, sin matización alguna.

c) Por fin, una tesis intermedia entendería que el art. 436 era un delito especial. Sigue siéndolo en su modalidad principal actual (art. 436 inciso inicial). Otra cosa es que en la reforma de 2010 se haya introducido un nuevo tipo equiparado, que castiga de forma autónoma, aunque con la misma pena, al particular que se concierta con el funcionario. A semejanza del cohecho –activo y pasivo- ahora se recoge la doble tipicidad. Y se establece la misma penalidad. Antes, sin embargo, era un delito especial. Si el particular resultaba castigado lo era como partícipe de un delito especial que establece una sanción para el funcionario que infringe un deber específico reforzado que no incumbe personalmente al particular. Éste, podría ser cooperador necesario; o inductor. Pero, aunque fuese protagonista también de la connivencia se podría ver favorecido por la rebaja penológica facultativa del art. 65.3 CP, que ya la jurisprudencia había ensayado a través de una atenuación analógica antes de su plasmación legal en 2003.

Esta tercera es la tesis que prevaleció en la jurisprudencia, una jurisprudencia que sigue sumando pronunciamientos pues –como demuestra este asunto- penden de enjuiciamiento todavía en nuestros Tribunales, hechos situados cronológicamente antes de la reforma de la LO 5/2010; hechos que, por tanto, escapan al endurecimiento de las penas como, en general, del reproche penal que han experimentado en los últimos años los delitos vinculados a la corrupción. Una muestra es ello es este renovado y ampliado delito de fraude a la administración.

Hagamos un repaso de algunos de los pronunciamientos, que avalan esta conclusión.

La STS 63/2017, de 8 de febrero, se refiere a hechos cometidos en fechas que se extienden hasta el año 2008, vigente, así pues, el artículo 436 CP conforme a la redacción anterior a la dada por la LO 5/2010. Dice así:

«También por error de derecho sostiene la indebida aplicación del art 436 del Código penal, el delito de fraude a la administración. Nuevamente reproduce una argumentación basada en la ausencia de prueba sobre el concierto entre el recurrente y los funcionarios,

extremo al que se ha dado respuesta al abordar la impugnación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el mismo motivo cuestiona la aplicación del tipo penal del fraude respecto a particulares, a los no funcionarios públicos a los que se refiere la tipicidad vigente, como lo prueba, afirma, que la reforma del Código penal, operada por la LO 5/2015, ha introducido al particular lo que permite interpretar, desde la literalidad del precepto, que la inclusión anterior de los no funcionarios no era procedente.

El motivo debe ser desestimado. La participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala. El Código penal contiene una específica previsión normativa, art. 65.3 del Código Penal, que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los particulares que participen, en el concepto indicado, en los delitos especiales propios, como es el caso al tiempo de la comisión de los hechos previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala a partir de la Sentencia del caso de la construcción de Burgos (STS 18.01.1994) disponiendo una atenuación análoga significación por la no condición de funcionario público, es decir del título especial del autor que no concurre en el extraneus*. La modificación del precepto en la reforma de 2010 posibilitó y aclaró las dudas que pudieran existir al respecto, ya solucionadas por la interpretación jurisprudencial del tipo penal, por otra parte lógica, toda vez que el concierto al que se refiere el tipo penal se refiere a personas afectadas por la específica relación de sujeción y a personas ajenas a esa relación para perjudicar los intereses de la administración y aunque los primeros infringen un deber, los segundos colaboran en la conducta penando la ley y, antes la jurisprudencia, la posibilidad de una atenuación.*

La STS 185/2016 de 4 de marzo de 2016 en un supuesto similar al presente declaró la condición de extraneus*, de los no funcionarios, en el delito de fraude a la administración. La especificación por la reforma no invalida la posibilidad de aplicación de los tipos penales especiales propios a las personas en las que no concurra el elemento especial, conforme se viene interpretando por la jurisprudencia de esta Sala desde el caso de la construcción de Burgos antes aludida en un entendimiento de la norma que el legislador de 1995 consolidó a partir del reconocimiento de esa comunicabilidad y la posibilidad de atenuación de la pena*».

La extensísima y densa STS 508/2015, de 27 de julio contempla hechos sucedidos en fechas que se prolongan hasta 2005. En diversos pasajes se menciona la aplicación del artículo 436 CP respecto del *extraneus y siempre dando por supuesta la operatividad del art. 65.3:*

«*(…) Por la denominada operación «Vente Vacío», el recurrente, además de por un delito de blanqueo, ha sido condenado por un delito de prevaricación del artículo 404 del CP y un delito de fraude del artículo 436 del mismo cuerpo legal…*

… Esta conclusión (damos por reproducidos íntegramente los argumentos que permiten alcanzarla) es la que sustenta la condena de XXX, de XXX y del propio recurrente,

como autores de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP y como autores de un delito de fraude del artículo 436 del CP.

La condena de estos últimos lo es a título de cooperador necesario en concepto de extraneus *por ambos delitos. Denuncia el recurrente la absoluta inexistencia de un razonamiento sobre por qué se le ha condenado en esta condición. Al respecto, desde la perspectiva de la presunción de inocencia que es la que estamos analizando en este motivo, cabe indicar que dicha imputación se sustenta lógicamente en la constatación de que el recurrente se concertó con XXX en los términos expuestos. Pero* ***dado que él no es un funcionario público, solo podría ser condenado, con base en la doctrina reiterada de esta Sala, como cooperador necesario o como inductor; habiéndolo sido finalmente en la primera condición»*** (énfasis añadido).

(…) El recurrente ha sido condenado con base al artículo 436 del CP vigente a la fecha de los hechos y no conforme a la redacción que a dicho precepto dio la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; siendo el primero claramente más favorable. En efecto, el artículo 436 CP, tras la reforma introducida por esta ***Ley Orgánica, por un lado, prevé expresamente que al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión, lo que obsta la aplicación de la previsión del artículo 65.3 CP que permitiría la rebaja en un grado de la pena impuesta al funcionario; y por otro, dispone que el particular, además de con la pena de prisión correspondiente al funcionario, será castigado con otra pena añadida, la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años. Luego suprime la inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años. Esto tiene relación con el plazo de prescripción del delito de fraude a la administración por cuanto ex artículo 131, ya sea el texto de la reforma de la L.O. 15/2003 o de la L.O. 3/2011, será de cinco años teniendo en cuenta que la inhabilitación señalada no excede de los cinco años mientras la pena de prisión persiste de uno a tres años. Siendo ello así, considerado aisladamente el delito en cuestión, comparados ambos textos, sería más favorable el vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 desde la redacción original del Código Penal de 1995 por cuanto permite ex artículo 65.3 la rebaja de la pena en un grado…***

Por lo tanto, el motivo debe desestimarse y siendo más favorable la aplicación del artículo 436 vigente al tiempo de los hechos, con aplicación del artículo 65.3 CP, este motivo debe ser desestimado.

Y en otro lugar:

"Este delito (art. 636) se configura en su originaria redacción como delito especial propio de infracción de deber en el que el sujeto activo ha de ser autoridad o funcionario público. El tercero no cualificado puede ser copartícipe en cuanto* extraneus. *Y como tal intervendrá si es una persona particular con la que el funcionario o particular se concierta para defraudar al ente público.

En ese caso procede la aminoración de la pena en consideración a que el **extraneus** ***carece de las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, o sea las del funcionario o autoridad encargado por razón de su cargo de velar por el interés público".*** (Énfasis añadido).

La STS 166/2014, de 28 de febrero enjuicia, teniendo ya la vista el nuevo art. 436, hechos sucedidos antes de 2008. Sus conclusiones son idénticas, aunque de forma implícita y con alguna aparente vacilación que parece querer no cerrar del todo la puerta a la tesis que ahora preconiza el Fiscal. En el examen realizado con ocasión de la relación concursal existente entre los delitos de malversación y fraude a la administración (artículo 432 y 436 CP, respectivamente), la sentencia declara:

"(…) En ambos delitos aparece como sujeto activo una autoridad o funcionario público. Los dos se refieren a una conducta defraudatoria de carácter patrimonial.

En el delito del art. 432, además, se requiere ánimo de lucro y una modalidad sustractiva. La pena es en principio sensiblemente mayor, aunque para la perfección delictiva se exige el efectivo perjuicio o sustracción de los fondos o caudales.

*La pena del delito del art. 436 es más leve, pero el delito se consuma con el mero concierto con la finalidad de defraudar sin que sea preciso que se consume el fraude. Acota el ámbito en que ha de llevarse a cabo el fraude: actividad de contratación pública o liquidaciones de efectos o haberes públicos****. Esa referencia hace necesaria una bilateralidad: el delito del art. 432 puede ser individual; el delito del art. 436 parece exigir un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de "concierto" que es locución que implica aunar voluntades distintas. Es un delito por definición plurisubjetivo (sin entrar ahora en si ha supuesto algún cambio la tipificación en 2010 de manera expresa de la conducta del particular concertado). El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Bastaría la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo".***

Nada diferente se deriva de la *STS* 1051/2013, de 26 de septiembre que enjuicia conductas que se van encadenando hasta el año 2007:

"El motivo quinto se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 436, 28 y 65. 3 CP, por haberse apreciado un delito de Fraude a la Administración.

1. Considera el recurrente que la calificación del delito de fraude continuado contra la administración en calidad de inductor no se compadece con el relato de hechos probados, indicando que no aparece que el acusado recurrente tuviera conocimiento y dominio

funcional sobre el destino real de la suma objeto. En este sentido señala que una serie de errores en la sentencia, que le condena como autor del delito, aunque le aplica el art. 65.3 del Código Penal como cooperador necesario, título de imputación al que se refiere la motivación de la sentencia en la página 99. Y señala también que no hay en el hecho probado la narración del concierto para la segunda subvención a Video U, a cargo de los presupuestos del Consell insular del año 2005

2. Parece evidente que la consideración de autor que en el fallo de la sentencia se atribuye al acusado en relación con el delito de fraude a la Administración, se trata de un error sin más trascendencia para el acusado ya que se le aprecia una atenuación tan solo posible para el cooperador necesario. La sentencia, en su página 87 dice literalmente lo siguiente: "Tratándose de un delito especial propio, el extraneus debe ser castigado como inductor, cooperador necesario o cómplice, sin ruptura del título de imputación, con la atenuación de no ser funcionario". Y efectivamente, en la página 103 de la sentencia se hace referencia a la aplicación del art. 65.3 del Código Penal entre otros al acusado recurrente. Sin embargo, se le condena como autor material del delito, con la atenuación del art. 65.3. Ello es erróneo por parte de la Sala, pero resulta indiferente materialmente a la responsabilidad del acusado».

Ni tampoco de la STS 199/2012, de 15 de marzo, que versa también sobre hechos –los últimos datan de 2004- cometidos bajo la vigencia del anterior art 436 CP (en su redacción originaria: L.O. 10/1995).

Baste este elenco de pronunciamientos para constatar que se trataba de una interpretación uniforme y no discutida; antes bien, parecía asumida, según se deduce, por el Ministerio Fiscal que, de hecho, en la instancia (aunque, dado el carácter facultativo de la rebaja, la pluralidad de reglas dosimétricas que confluyen a la hora de fijar la penalidad, y la relativa divergencia entre la calificación del Fiscal y la asumida por la sentencia -continuidad-, no puede afirmarse esto con rotundidad) parece haber considerado en su escrito de conclusiones viable esa rebaja (aunque la pena solicitada era más alta, calificaba en régimen de continuidad delictiva: art. 74 CP).

Eso atraería, en su caso, a otra razón para rechazar el motivo (falta de gravamen). La pena de un año y nueve meses de prisión y seis de inhabilitación que pedía es casi con seguridad la resultante de buscar la mitad superior de la pena tipo (dos a tres años) por virtud del mandato del art. 74.1 CP (el Fiscal consideraba que estábamos ante un delito continuado)

para luego bajar un grado (un año y nueve meses) operación que solo podía venir amparada por el art. 65.3 CP.

No puede constatarse eso con absoluta seguridad. Pero sí podemos, en todo caso, proclamar que la interpretación postulada ahora contradice la asentada en la jurisprudencia. No se aprecian razones para variarla en uno de los previsiblemente postreros pronunciamientos que aplican el anterior art. 436.

El legislador en 2010 ha dado un giro en esta tipificación tanto estableciendo, ya sí de forma expresa, la punición del particular (que antes también un sector doctrinal discutía), como, sobre todo, asignando a este una penalidad superior a la que resultaba con anterioridad. Es asimilada a la del funcionario público. Pero sería aplicación retroactiva prohibida proyectar esa modificación que no es simple aclaración.

El silencio de la Exposición de Motivos de la ley sobre esa reforma concreta no permite extraer ninguna conclusión segura sobre el propósito del legislador. Pero es lógico entender que algo quiso modificar y que esa modificación se concreta en las previsiones penológicas para los particulares: incrementando la pena privativa de libertad (mediante la inclusión de un tipo expreso que se recoge en el inciso segundo en el que el sujeto activo es el no funcionario) y la adición de una inhabilitación específica.

El motivo no puede prosperar.

OCTAVO. - En el motivo sexto de su recurso – infracción por no aplicación de los arts. 404 y 74 CP amparado en el art. 849.1° LECrim- el Fiscal disecciona los episodios ligados a la firma de tres convenios entre la Comunidad Autónoma de Valencia y los acusados Ignacio Urdangarín y Diego Torres, o mejor, a través de ellos con las sociedades de su titularidad. Concluye que los hechos objetivamente y tal y como están relatados en el *factum* pueden acoplarse en el art. 404 CP -prevaricación administrativa-, que aparecería en la modalidad de delito continuado (art. 74) al tratarse de

acciones secuenciadas. Serían responsables los acusados Luís Lobón, José Manuel Aguilar (éste excluido de la continuidad), Jorge Vela y Elisa Maldonado para los que reclama una segunda sentencia condenatoria detallando las penas que corresponderían a cada uno.

El motivo afectaría igualmente a Ignacio Urdangarín y Diego Torres. No obstante, el Fiscal los excluye de su petición impugnatoria en estrategia procesal repleta de lógica en cuanto que resultaría penológicamente irrelevante. La adición de esta infracción quedaría embebida por la prevaricación continuada por la que ya vienen condenados y penados; amén de que la participación consciente e instigadora en estas resoluciones arbitrarias –se justifica el Ministerio Público- no quedaría expresada de forma suficientemente concluyente en el hecho probado.

El Fiscal hace protesta expresa de querer atenerse exquisitamente al hecho probado. En prueba de ello lo transcribe –en los fragmentos que refieren estos episodios- antes de encarar su argumentación. Y la argumentación es, ciertamente, minuciosa, muy elaborada y brillante.

Reza el hecho probado:

"*En la entidad CACSA, **la propuesta fue aceptada por su Director General, D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno del sr Lobón.** Si bien se decidió no afrontar la totalidad de financiación económica, sino que ésta se compartiría con FTVCB al existir un Convenio entre ambas, no habiendo quedado acreditado que el único motivo para aceptar fuera que la persona que las ofrecía D. Ignacio Urdangarín, disfrutaba de un privilegiado posicionamiento institucional, con ocasión de su proximidad, a la jefatura del Estado y tuvieran la intención de favorecerle por tal motivo. Siendo igualmente posible que la decisión se adoptara en atención a que el evento diseñado por el Instituto NOOS referido a turismo y deporte se ajustaba a lo que por el responsable político Sr Lobón y el gestor Sr Aguilar, como director' General de CACSA SA, se consideraron necesidades de la ciudad de Valencia por haber sido. elegida como sede de la copa América y junto a ello pudo influir de forma decisiva la fiabilidad que aportaba la persona de D. Ignacio Urdangarín por su posición social y el área de influencia a la que tenía acceso, dada su condición de ex deportista* de *élite, sus relaciones con los principales dirigentes que regían los organismos del deporte mundial, con ocasión del cargo* de *vicepresidente del* COE *que ostentó, y la solidez del proyecto presentado en el transcurso de la reunión. Todo ello unido al beneficio que para la promoción de la ciudad de Valencia se podría derivar de la celebración* de *las cumbres que pretendía organizar".*

En la fundamentación jurídica se glosa ese preámbulo del relato:

"Asimismo, la prueba plenaria tampoco permite estimar acreditado que el único motivo para aceptar la financiación de las cumbres fuera el privilegiado posicionamiento institucional de la persona que las ofrecía, D. Ignacio Urdangarín, nacido de su proximidad a la Jefatura del Estado y, que tuvieran la intención de favorecerle por tal motivo. Siendo igualmente posible que la decisión se adoptara en atención a que el evento diseñado por el Instituto Nóos, referido a turismo y deporte, se ajustaba a lo que por parte del responsable político Sr. Lobón y, el gestor, Sr. Aguilar,- como Director General de CACSA- se consideraron necesidades de la ciudad de Valencia por haber sido elegida como sede de la Copa América. Y junto a ello pudo influir de forma decisiva la fiabilidad que aportaba la persona de D. Ignacio Urdangarín por su posición social y el área de influencia, dada su condición de ex deportista de élite, sus relaciones con los principales dirigentes que regían los organismos del deporte mundial, dada su condición de vicepresidente del COE y la solidez del proyecto presentado en el transcurso de la reunión. Así como el beneficio que, para la promoción de la ciudad de Valencia, se podría derivar de la celebración de las cumbres que pretendía organizar. Debiendo significar que, la celebración del congreso, vino avalada por el *Consejo de Administración de CACSA,* según manifestaron D. Jorge Vela y D. Gerardo Camps (Consejero de Economía de la Generalitat Valenciana) y, respaldada por el Consell de Govern, que ratificó tal contratación mediante su inclusión en el Plan de Acción que fue aprobado posteriormente, como hemos anticipado.

Siguen otros extractos relevantes del hecho probado:

"La entidad CACSA, SA, en tanto sociedad con ánimo de lucro sujeta al derecho privado, -según sus estatutos-, en la fecha de los hechos no aplicaba la normativa de contratos de la administración pública a todas sus relaciones jurídicas ni a toda la contratación que formalizaba, habiendo suscrito previamente otros convenios de colaboración sujetos al derecho privado.

*Seguidamente D. JOSE MANUEL AGUILAR**,** tras la referida reunión trasladó la información a la Jefa del Departamento Jurídico para que el personal correspondiente realizara las actuaciones necesarias para plasmar documentalmente la intención de colaborar en la realización del evento propuesto. Con la misma finalidad,* la *entidad FTVCB trasladó la decisión al órgano de gestión.*

No ha quedado acreditado que en el seno de CACSA SA, D. Luis Lobón ordenase a D. José Manuel Aguilar Colás que, tramitase un Convenio de Colaboración con el Instituto NOOS por el importe y en las condiciones propuesta por el representante de esta última entidad, sin efectivo control en la determinación del canon que se fijó. Así como tampoco, que la financiación solicitada para llevar a cabo el evento fuera desproporcionada, en relación a otros acuerdos similares suscritos en la entidad. Ni que la fórmula del Convenio de Colaboración fuera elegida para orillar deliberadamente la ley de Contratos de la Administración Pública, al objeto de obviar la realización de un concurso público y poder beneficiar directamente al Instituto NOOS.

La responsable de los servicios jurídicos de CACSA, SA, durante los años 2004, 2005 y 2006 no puso ningún reparo al borrador del convenio del que tuvo conocimiento en el año 2004. Ni a las addendas suscritas en los dos años posteriores.

Los expedientes de contratación en CACSA, SA se gestionaban y documentaban por medio de un sistema informático denominado SAB que también se aplicó a la contratación del Valencia Summit. Dicha entidad tenía interés en la celebración del convenio por entender que el mismo se ubicaba dentro de sus objetivos sociales, como empresa pública mercantil, cuyos estatutos integran en su objeto social, la promoción, organización y gestión de la explotación de las actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias de Valencia.

La entidad para cumplir sus objetivos promocionales ha colaborado económicamente en otros eventos relacionados con actividades deportivas como la Vuelta Ciclista, levante Unión deportiva, habiendo formalizado en el mismo año 2004; 39 convenios de colaboración, 27 en el año 2005; y 17 en el año 2006.

(…)

La entidad CACSA SA estaba sometida a control de fiscalización posterior mediante auditoria de la iGAE o de empresas privadas por delegación de la misma.".

Más adelante en relación al evento de 2006:

"Como ocurriera con las ediciones anteriores, la cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido, realizada en los términos acordados.*

(…) En el Informe de Fiscalización de la Sindicatura de cuentas de la Generalitat Valenciana correspondiente al año 2005 se llevó a cabo, entre otros, la fiscalización del convenio de 2005. En su informe la Sindicatura, advierte irregularidades que califica de formales, sin dar lugar a responsabilidad ni cuestionar la adecuación ni la realidad del gasto.

Entre dichas irregularidades detecta la necesidad de justificar de forma suficientemente motivada la oportunidad y conveniencia de la no aplicación de los principios de objetividad, concurrencia y publicidad".

Y, por fin, para concluir:

"Los Valencia Summit en sus tres ediciones se celebraron de forma satisfactoria, dejando constancia en el expediente de la información necesaria para valorar el retorno, sin que conste acreditado que no se cumplieran las expectativas pretendidas consistentes en promocionar la imagen de Valencia como destino turístico".

A tenor de ese relato el Fiscal, apartándose del criterio de la Sala, entiende cometido un delito continuado de prevaricación. Se firmaron -sostiene- tres convenios entre la Comunidad Autónoma de Valencia y los

Sres. Urdangarín y Torres, prescindiendo absolutamente de las normas de procedimiento que disciplinan los contratos celebrados.

Tras consignar, en exposición impecable apoyada en precedentes jurisprudenciales, los elementos del delito de prevaricación se adentra el Fiscal en el proceloso territorio de la prevaricación en el ámbito sociedades mercantiles públicas o empresas con capital público. En la vista citó con toda pertinencia el Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de mayo de 2017 que aparece también transcrito en su dictamen y se recoge en otro lugar de esta sentencia. Aunque referido a los delitos de malversación viene a cuento en relación a esta materia.

Una larga cita tomada de la STS 149/2015, de 11 de marzo, sirve de pórtico al desarrollo argumental del Fiscal.

Ningún obstáculo existe para aceptar que a efectos penales los acusados pueden ser tenidos como funcionarios o autoridades en el sentido expresado en el art. 24 CP.

Pese a algunas reticencias mostradas por la Audiencia Provincial tras un largo discurso salpicado también de referencias legales, resulta no solo meritoria sino también convincente, la argumentación que desarrolla el Fiscal después de explorar el tupido bosque normativo con solapamientos de legislación europea, nacional y autonómica, y sucesión de normas que generan un indisimulable confusionismo, para arribar a la conclusión de que la actividad de CACSA en algunos frentes y en concreto en los ahora examinados estaba sometida a ciertos principios de derecho administrativo. No se movía en un exclusivo y puro plano de derecho privado, lo que evaporaría toda posibilidad de prevaricación. Era contratación sujeta a los principios de publicidad y concurrencia.

El estudio del Fiscal amén de laborioso contiene argumentos de peso que permiten, al menos, modular la construcción más dubitativa de la Audiencia.

En cualquier caso ahora, conscientemente, vamos a orillar esa temática, sin duda compleja. No es necesario examinarla para obtener conclusiones sobre el destino de este motivo en tanto que, aunque se suscriba íntegramente el razonamiento del Fiscal, tropezaríamos con obstáculos insorteables para encajar los hechos en el delito de prevaricación sin retorcer algunas de las aseveraciones fácticas que la Audiencia proclama: tanto en el hecho probado; como también, en ocasiones, en la fundamentación jurídica.

Esta falta de sistemática –será necesario volver sobre ello al hilo de ulteriores recursos- constituye una técnica deficiente: las afirmaciones factuales deben contenerse todas en el *factum* para que quede fijado con claridad lo probado y lo no probado.

La jurisprudencia tradicional fue muy complaciente con esas deficiencias. Sostuvo insistentemente que las aseveraciones fácticas insertas en los fundamentos de derecho completaban el hecho probado. Esa doctrina ha sido objeto de revisión en los últimos años. Es así. Pero solo como garantía de las partes pasivas del proceso. Cuando lo reflejado en la fundamentación jurídica son datos fácticos que militan en beneficio del reo, han de admitirse y tenerse por probados, aunque lo correcto hubiese sido ubicarlos en el hecho probado. Un defecto formal, de sistemática en definitiva, de la sentencia no puede erigirse en impedimento para una absolución o la apreciación de una atenuante o eximente (campos estos últimos donde es relativamente habitual este error formal: se omite en el hecho probado, v.gr. la afectación mental o psíquica que solo aparecerá en el fundamento de derecho destinado a valorar si concurren circunstancias modificativas).

Pues bien, en el presente caso aparte de que algunas de las afirmaciones del hecho probado impiden hablar con la claridad que pretende el Fiscal de la *arbitrariedad* que caracteriza la tipicidad de la prevaricación administrativa (se admite como posible que la firma de esos convenios obedeciese al objetivo de satisfacer intereses reales de la ciudad de Valencia), lo que se subraya de forma tajante en la fundamentación jurídica

es la ausencia de una voluntad consciente en los partícipes de vulnerar la normativa administrativa, confusa por otra parte. Muchas afirmaciones avalan esa estimación. No podemos contradecir eso en casación, donde, como se ha enfatizado, está prohibido apartarse, sin oír a los acusados, de las conclusiones fácticas del Tribunal de instancia beneficiosas para ellos.

Los elementos subjetivos, en otro orden de cosas, forman parte de la *quaestio facti*. Rige también respecto de ellos la prohibición de revisión en fase de recurso *contra reo* sin previa audiencia directa de los acusados y reproducción de la prueba personal que haya basado la convicción –o falta de convicción- de la Audiencia.

Recreamos y dotamos ahora de mayor ropaje a estas conclusiones adelantadas.

El hecho probado admite como alternativa posible que el evento se pactase en atención a que cubría necesidades de promoción de la ciudad de Valencia, Se recoge como posibilidad. No se da por acreditada. Pero no se descarta. No podemos compartir la interpretación que hace de ese pasaje el Fiscal: una mera hipótesis dialéctica que habría que desdeñar a la hora de construir la tipicidad jurídico penal.

Las valoraciones que vierte el Fiscal sobre el escaso predicamento empresarial de uno de los acusados traspasan una frontera cuya aduana está cerrada en casación: la que blinda el territorio de la valoración probatoria. No podemos explorar en casación ese espacio de ninguna forma.

Son muchos los pasajes de la sentencia que ponen esto de manifiesto. Los recordamos y ampliamos:

"La entidad CACSA, en tanto sociedad con ánimo de lucro y sujeta al derecho privado según sus estatutos, en la fecha de los hechos no aplicaba la normativa de contratos a todas sus relaciones jurídicas ni contratos que realizaba, tal y como manifestó la asesora jurídica, Sra. Mallent. Habiendo suscrito previamente otros convenios de colaboración sujetos al derecho privado (39 en el año 2004 según informe de la Sindicatura de Cuentas Valenciana, información avalada por las declaraciones testificales prestadas en el plenario)".

Se constata así que era una práctica habitual no cuestionada por los servicios jurídicos. Se insiste en esa idea en el siguiente párrafo:

"Seguidamente, y tras la referida reunión, D. José Manuel Aguilar trasladó la información a la Jefa del Departamento Jurídico para que el personal correspondiente realizara las actuaciones necesarias para plasmar documentalmente la intención de colaborar en la realización del evento propuesto. Conduciéndose del mismo modo la FTVCB cuando trasladó la decisión al órgano de gestión para que procediera a la elaboración del convenio.

El resultado del acopio probatorio practicado no ha permitido a la Sala alcanzar la convicción de que, en el seno de CACSA, D. Luís Lobón ordenase a D. José Manuel Aguilar que, tramitase un Convenio de Colaboración con el Instituto Nóos por el importe y en las condiciones propuestas por el representante de esta última entidad, sin control alguno sobre el importe del canon que, finalmente, se determinó. Tampoco, que la financiación solicitada para llevar a cabo el evento fuera desproporcionada en relación a otros acuerdos similares suscritos en la entidad (en tal sentido se desprende de la contratación de la mercantil con otras entidades, aportada como prueba anticipada), ni que la fórmula del Convenio de Colaboración fuera elegida para orillar deliberadamente la Ley de Contratos de la Administración Pública, al objeto de obviar la realización de un concurso público y poder beneficiar directamente al Instituto Nóos.

La responsable de los Servicios Jurídicos de CACSA durante los años 2004, 2005 y 2006 no puso ningún reparo al borrador del convenio del que tuvo conocimiento en el año 2004, ni tampoco a las *addendas* suscritas en los 2 años posteriores, tal y como resulta de las declaraciones testificales practicadas.

Los expedientes de contratación en CACSA se gestionaban y documentaban por medio de un sistema informático denominado SAB que también se aplicó a la contratación del Valencia Summit, sirviendo de corroboración a la declaración prestada por los testigos (Sras. Casanova y Mallent) la copia del ejemplar del convenio sellado por el departamento de compras que obra en el folio 23 del anexo 60.

Asimismo advertimos que la mercantil CACSA tenía interés en la celebración del convenio por entender que el mismo se ubicaba dentro de sus objetivos sociales, como empresa pública mercantil en cuyos estatutos (art. 4) se señala como parte de su objeto social la promoción organización y gestión de la explotación de actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias de Valencia.

La entidad para cumplir sus objetivos promocionales ha colaborado económicamente en otros eventos relacionados con actividades deportivas como La Vuelta Ciclista, Levante Unión Deportiva, habiendo formalizado en el mismo año 2004 39 convenios de Colaboración; 27 en el año 2005; y 17 en el año 2006 (Informe Sindicatura de Cuentas f. 4949 a 5327. P. 25 y prueba anticipada aportada por las defensas).

Por otra parte, la participación de CACSA, SA en la cumbre Valencia Summit fue conocida y asumida por el consejo de administración de la entidad y fue convalidada por el Gobierno Valenciano, al incluirse expresamente dentro del denominado Plan de acción del

Consell para la Copa América, en el que se hace constar expresamente que las acciones aprobadas contribuyen tanto a la realización de nuevos proyectos como a acelerar otros ya previstos con anterioridad".

Se recalca, no solo que esos convenios encajaban en los fines de la entidad, sino también que hubo efectivos controles de gasto, previos a los pagos:

"Asimismo, los pagos en concepto de canon para el Instituto Nóos se llevaron a cabo tanto por CACSA, SA como por FTVCB, con posterioridad a la celebración de los eventos, que se desarrollaron en la ciudad de Valencia los días 27, 28 y 29 de Octubre de 2004 y, en los correlativos correspondientes a los años 2005 y 2006. Por tanto, después de constatar la celebración de los mismos, la realidad de las actuaciones materializadas, y que lo que se había previsto en el proyecto se había llevado a cabo; sin que se fijara en el contrato la obligación de justificar el destino de la cantidad entregada. A la que se denominó canon, denominación a la que también se hace mención en un acta del Consejo Rector en referencia al patrocinio de la Copa América, tal y como manifestó el que fuera comisionado para la Copa América, Sr. Pérez Mifsud y consta en el acta obrante en el folio *25.998*.

En el primer Convenio suscrito se previó la celebración anual de los Foros, si bien al propio tiempo las entidades CACSA y FTVCB se reservaron de forma expresa en el precitado Convenio de 2004, la posibilidad de no renovarlo. **No obstante dado que la primera de las ediciones se había celebrado de forma satisfactoria y, así se desprende, entre otras, de las declaraciones de la Sra. Casanova y Mallent, D. Jorge Vela a la sazón recién incorporado como Director General de CACSA, tras el cese de D. José Manuel Aguilar Colás, con aprobación el Consejo de Administración de la entidad que dirigía, y tras obtener la información necesaria sobre el cumplimiento de las expectativas del convenio anterior, decidió la renovación del acuerdo.** Conduciéndose de modo análogo los gestores de la FTVCB.

En tal sentido Jorge Vela manifestó que acababa de iniciar el desempeño de su actividad profesional en la mercantil cuando en abril de 2005 se reúne con Salinas y comentan la eventual prórroga del convenio (Acta obrante en el folio 24.915). En tal sentido, afirma que le traslada tal posibilidad al Sr. Lobón quien le confirma **los buenos resultados** obtenidos el año anterior y le da el visto bueno. Informándole en el mismo sentido tanto Elisa Maldonado como Rocío Casanova, circunstancia que vendría avalada por el hecho de que tal evento, como venimos reiterando, fuera incluido en el Plan de Acción a propuesta del entonces consejero de economía.

A tales efectos, con fecha 3-10-2005 se suscribió el segundo convenio de colaboración al que se le dio forma de "addenda" en la que se mantuvo esencialmente la vigencia del texto anterior, con idénticos importes y forma de pago del canon, si bien se introdujeron modificaciones para puntualizar la contribución a los gastos de cada una de las entidades colaboradoras (f. 2452 a 2467. Anexo 48).

En el seno de CACSA, SA la decisión de mantener el convenio la tomó D. Jorge Vela con el visto bueno de D. Luís Lobón y de D. Gerardo Camps, ambos miembros del Consejo de Administración de la entidad. Este último, ocupaba el cargo de Consejero de Economía, y formalizó la propuesta en la que se incluyó el proyecto relacionado con el evento denominado Valencia Summit dentro del Plan de Acción para la Copa América, con carácter previo a obtener la información necesaria sobre el cumplimiento de las expectativas del convenio anterior (tal y como se desprende del Plan de Acción anteriormente aludido).

La addenda de 2005 fue supervisada por asesoría jurídica de CACSA y firmada por D. Jorge Vela en representación de dicha entidad, D. José Salinas Novella por la FTVCB y por D. Diego Torres en representación del Instituto Nóos (Así resulta de los documentos obrantes en la causa y de las declaraciones testificales practicadas). La cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido realizada en los términos acordados.

El mismo procedimiento se siguió para suscribir la addenda del año 2006, lo que se hizo **previa constatación de que se habían cumplido los objetivos promocionales de la edición anterior.** El documento se firmó el día 8 de mayo de 2006. **Como ocurriera con las ediciones anteriores, la cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido realizada en los términos acordados.**

Los pagos de CACSA, SA se hicieron con cargo a la cuenta 627, -publicidad y promoción- y en su mayor parte en fecha posterior a la celebración de las cumbres (informe Sindicatura de Cuentas y anexos 60 y 61).

En el Informe de Fiscalización del Sindicatura de Cuentas de la Generalitat Valenciana correspondiente al año 2005 se llevó a cabo, entre otros, la fiscalización del convenio de 2005. En su informe la Sindicatura, advierte irregularidades que califica de formales, sin dar lugar a responsabilidad ni cuestionar la adecuación ni la realidad del gasto. Entre dichas irregularidades detecta la necesidad de justificar de forma suficientemente motivada la oportunidad del evento, la determinación del precio acordado, la necesidad del gasto y la oportunidad y conveniencia de la no aplicación de los principios de objetividad, concurrencia y publicidad (folios 5.000 y ss. Pieza 25)".

(…..)

Y, a mayor abundamiento, y en línea con su discurso, proclama la falta de claridad de la normativa aplicable. Recordemos que también en alguna ocasión (STS 166/2014, 28 de febrero), en doctrina luego rectificada, esta Sala ha rechazado el delito de prevaricación en supuestos análogos. Entre otros argumentos se manejaba el enmarañado marasmo normativo felizmente corregido.

"Por otra parte, aún en el caso de considerar que era necesario respetar los principios de publicidad y concurrencia, a tenor de la Disposición adicional 6ª. La doctrina y la jurisprudencia, al abordar su interpretación, sostienen que no es una cuestión pacífica la determinación de si cuando la ley se refería a estos principios lo hacía a normas concretas

de la LCE o bien a que “genéricamente” se satisficieran los mismos. En este segundo caso, las exigencias serían mucho más laxas. Adviértase que las Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado ha reconocido que el negocio celebrado por una administración con una entidad privada que tiene por objeto la actividad de patrocinio realizada por el particular a favor de la administración se integra en la figura del convenio de colaboración del art. 3.1d) TRLCAP (Informes nº 33/97, de 10 de noviembre y 70/99, de 11 de abril).

Cohonestado a su calificación, situaríamos el posicionamiento del Ministerio Fiscal relacionado con la ausencia de control posterior del gasto por cuanto sostiene que, con ocasión del contrato celebrado, debió rendirse cuenta justificada del mismo**. Aseveración que debe relacionarse con el resultado del acervo probatorio practicado en la medida en la que, en tal punto, la prueba practicada no deja de ser ambigua en la medida en la que el propio informe elaborado por la IGAE lo asimila a una especie de esponsorización y afirma que, en tal caso, el gasto no estaría sujeto a justificación.**

Consideramos que la inclusión de CACSA en los parámetros establecidos en el artículo 2 resulta dudosa en la medida en la que estimamos cuestionable su calificación como entidad de derecho público desde el momento en el que en atención a su forma de constitución, siempre podrá ser calificada como sociedad de derecho privado, dado que sus normas reguladoras la configuran como entidad autónoma en su financiación y la proveen expresamente de un régimen de derecho privado en su actuación que se proyecta necesariamente sobre su autonomía contractual. (Estatutos, ley de Creación, Informe del Tribunal de Cuentas (folio 11 anexo 70), que reconoce su sujeción al régimen de derecho privado y expresamente dispone que no cumplía los dos requisitos cumulativos del artículo 2). Esto es, se adivinan dos opciones interpretativas y, la opción por una u otra, implica su inclusión o exclusión del ámbito subjetivo de la norma.

Por otra parte, las acusaciones sostienen que, en todo caso, CACSA dispondría de la consideración de poder adjudicador al amparo de la doctrina emanada del TJCE. Si bien, debemos comenzar por precisar que, de advertirse dudas interpretativas al respecto, no cabe integrar una norma penal a partir de una directiva no traspuesta (SSTJE de 26 de Septiembre de 1996, con remisión a las SSTJE de 26 de febrero de 1986, *Marschall*, 152/84 y de 8 de Octubre de 1987,*Kolpinghuis Nijmeg*, de las que resulta que una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular. Doctrina que asienta su justificación en la necesidad de evitar que un estado miembro pueda sacar ventaja de haber infringido el derecho comunitario (SSTJE de 14 de julio 1994, *Faccini Dori* y de 7 de marzo de 1996, *El Corte Inglés*).

Retomando el concepto de poder adjudicador, consolidada doctrina jurisprudencial emitida ya por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que hace a la interpretación amplia y funcional del concepto organismo de Derecho público: SSTJCE de 15 de enero 1998, *Mannesmann Anlagenbau Astrau* y otros, C-44/96, de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia*, C-237/99 y 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, se establece que para dotar de este carácter a una determinada entidad - todo ello en el marco

de las Directivas de contratación: 92/50, 93/33 y 93/37 -, se deben cumplir los tres requisitos acumulativos consistentes en que se trate de un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público".

Tras volver a remachar que los objetivos fueron alcanzados de forma satisfactoria, escudriña la Sala de instancia sobre la actitud interna de los acusados:

"De ello se colige que la decisión concernida a la contratación del Instituto Nóos no dimana exclusivamente de D. Luís Lobón Martín, en su condición de Secretario Autonómico de Eventos de la Generalitat Valenciana, de D. Jorge Vela Bargués y de D. José Manuel Aguilar Colás, quienes ocuparon sucesivamente el cargo de Director-Gerente de CACSA, SA. O de Dña. Elisa Maldonado Garrido, Directora de Gestión de CACSA, SA.

Ni, consecuentemente, nace de la actuación independiente de la FTVCB, sino que tales entes y, en su consecuencia, las personas que, desde sus respectivas competencias, intervinieron en la contratación, organización y desarrollo del evento, se limitaron a ejecutar una de las actividades que resultó amparada por un acuerdo del Consell que ratificó su actuación.

Adviértase, que la conclusión alcanzada viene reforzada por el hecho de que los representantes del Instituto Nóos a quienes se dirigen es, al entonces Presidente de la Comunidad Valenciana, D. Francisco Camps, y, a la entonces alcaldesa de Valencia, Dña. Rita Barberá, como resulta de las misivas que les remite D. Ignacio Urdangarin. Resultando acreditado, por lo que respecta a la entonces alcaldesa de Valencia, a partir de la documental antedicha y del contenido de su declaración plenaria, que se entrevistó con D. Ignacio Urdangarin".

Y, de nuevo retoma la línea argumentativa basada en las dudas sobre la normativa que, combinada la praxis habitual en aquellas fechas, alimentaba la convicción de los acusados de que su actuación no se apartaba de lo legalmente exigible:

"…. Concluimos que la sujeción de CACSA al ámbito subjetivo de la norma no es dudosa, si bien queda constreñida a determinados contratos. Ello nos conduce a retomar las dudas ya expresadas con relación a la naturaleza de los contratos. Y, de igual modo sucede respecto de la addenda suscrita en fecha 8 de mayo de 2006, por cuanto en aquella data no se hallaba incorporada al ordenamiento jurídico la Ley de Presupuestos del Estado 42/2006, de 28 de diciembre (Disposición Adicional 1ª), en vigor desde el 1.1.2007. Por lo tanto, tratándose de addendas que mantenían un contrato ya previsto como prorrogable con las mismas condiciones, la argumentación no puede ser distinta a la anteriormente expresada, en la medida en la que las dudas interpretativas deben conducir-como expresa el ATS de fecha 29 de Enero de 2016- a afirmar que precisamente **la disparidad de criterios sobre**

normas jurídicas y procedimiento aplicable eliminan la certeza respecto de los elementos típicos característicos del delito de prevaricación.

Como hemos venido argumentando a lo largo de la presente sentencia, con alusión constante a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo- ahora aplicada a la concreta actuación llevada a cabo por la Fundación Turismo Valencia Convention Bureau (en adelante FTVCB)- el delito de prevaricación requiere acreditar previamente cuál sea el procedimiento concreto que se soslaya, a fin evaluar los concretos controles que se eluden. Pues no toda ilegalidad administrativa puede ser elevada a categoría de delito, sino las más flagrantes y dolosas, en aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal.

Y, en el presente caso, como ocurriera con su precedente (CACSA), no consta cumplidamente acreditado cuál sea este procedimiento, y ello por las siguientes razones:

Con independencia del análisis que ahora pueda realizarse *ex post facto*, sobre la forma de gestión pública de un ayuntamiento que opta por externalizar de forma relevante sus políticas en un ámbito competencial destacado como es el turismo. Lo cierto es que la Sala, se halla sometida al principio de legalidad y tipicidad de las infracciones, del que se deriva como garantía individual predicable de todo ciudadano, la exigencia legal y constitucional (artículo 25 C.E. y articulo 1 del Código Penal) de que para que una conducta constituya delito debe consistir en una contravención de una normativa que sea clara y taxativa. Sin acudir a interpretaciones integradoras, puesto que las obligaciones derivadas de la ley no se presumen, como exigencia impuesta por el principio de seguridad jurídica aplicable al ordenamiento jurídico en general (artículo 1090, del Código Civil) y, en mayor medida en el ámbito del derecho penal que es un derecho punitivo y sancionador.

Este principio es esencial en el marco de las denominadas normas penales en blanco en las que la conducta descrita en el tipo penal se integra por normas de otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como ocurre en los supuestos que analizamos, en la medida en la que resulta obligado acudir a la normativa de aplicación a la fundación y a la LCE vigente en el momento de los hechos.

Sentado lo anterior, ocurre en nuestro caso, que, a la luz de la prueba practicada en el acto del plenario, **dicha normativa legal no era clara**, manteniéndose diversas tesis interpretativas sobre el alcance subjetivo de la LCE. Y, en concreto, sobre si esta le era aplicable o no a las Fundaciones constituidas como la FTVCB, no siendo hasta la reforma de la LCE efectuada por Ley de Presupuestos generales del Estado 42/2006 con efectos el 1-1-2007 cuando se define taxativamente la dicción legal para incluir también a las entidades de derecho privado.

Y estas divergencias interpretativas a las que la defectuosa dicción legal condujo, proceden, no sólo de los propios organismos afectados e interesados, sino de las más variadas instancias de nuestro ordenamiento encargadas de la aplicación y control de dicha normativa.

En el estudio de dicha normativa debemos partir del texto vigente en la fecha de suscripción del primer convenio, el 8-09-2004. (…)

En la redacción inicial del TRLCAP, vigente en la fecha de los convenios, los sujetos que quedaban sometidos parcialmente a la legislación de contratos eran las *"entidades de*

derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, por lo que se mantenían las aludidas dudas interpretativas. **La realidad social, a la vista de la falta de una regulación específica sobre la sujeción o no de las fundaciones a la normativa o los principios de la contratación pública, condujo a que muchas fundaciones del sector público estatal, acordaran sujetar su actividad al Derecho privado, prescindiendo de los principios inspiradores de tal contratación, que únicamente se observaban si se disponía la obligación expresa en sus Estatutos fundacionales, produciendo lo que sea ha dado en denominar "la huida del derecho administrativo". La evolución posterior de la norma muestra que para evitar esta huida fue objeto de varias reformas, si bien, no fue hasta el año 2006 cuando se incluye de forma expresa a las fundaciones privadas.**

Así, en la reforma que se introdujo por medio de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, se incluyó una referencia expresa a las *"las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurran alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b*) del apartado 3 del artículo anterior". Requisitos que tampoco cumplen las fundaciones atendida su diferencia conceptual como patrimonio afecto a un fin, respecto de la sociedad que es una entidad de base personal. Además, la reforma trae causa de la condena a España por el TJCE referida a empresas mercantiles con forma societaria, y no a fundaciones. Y este era el texto vigente en la fecha de los convenios, en el que seguía sin mencionarse de forma tal vinculación legal.

… Como consecuencia de todo ello, advertimos que, como elemento de tipicidad del delito, la falta de claridad de la normativa reguladora determina la ausencia de lex *certa*, lo que impide que podamos partir de la existencia de una normativa taxativa que se contravino. Y aún en caso de entender que el acusado debió resolver las dudas aplicando principios esenciales de publicidad y concurrencia, no se han aportado elementos de prueba que, con la certeza exigida, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, acrediten que el acusado actuó con la voluntad consciente y deliberada de infringir la normativa y, por lo tanto, ajeno al interés general.

La Sala -prosigue- ha tomado en consideración si el acusado tuvo la posibilidad de resolverlas de otro modo, pero lo cierto es que era un estado de cosas general y consolidado como se desprende del resultado de la prueba pericial conjunta practicada en el plenario. De ella, resulta la concurrencia de variadas interpretaciones, debiendo incidir en la circunstancia de que la acusación únicamente aportó como prueba pericial la concernida al informe de la IGAE, realizada con criterios administrativos y acudiendo a la interpretación de la dotación fundacional para entender aplicable la Ley. A ello debemos añadir el contenido de los informes de las Juntas de Contratación y del informe del Tribunal de Cuentas, cuyo contenido ya ha sido expuesto con anterioridad.

Por otra parte, al hilo de lo afirmado, no está de más puntualizar que el análisis a realizar no puede llevarse a cabo con criterios actuales sino con los existentes en el año 2004 cuando la Directiva 2004/18/CE se acababa de dictar y su trasposición fue diferida en

el tiempo, provocando con ello que el Reino de España fuera condenado por el TJUE en reiteradas ocasiones. Debiendo añadir a lo anterior, para evidenciar el estado de cosas preexistente, que el Ayuntamiento buscó asesoramiento externo y encargó un informe jurídico a la firma de abogados Gómez Acebo y Pombo (f. 29767).

En síntesis, con independencia de cuál fuera la regulación ideal, lo cierto es que desde su creación, en la que no intervino el acusado, la FTVCB viene actuando del mismo modo. La asesoría externa avaló la no necesidad de someterse a la ley de contratos y la sindicatura no la incluyó en el sector instrumental en los años 2004, 2005 y 2006".

(…)

Se niega en definitiva de forma rotunda la concurrencia del tipo subjetivo del delito de prevaricación.

Debemos concluir afirmando, - respecto de la actuación conjunta predicable tanto de los acusados que ocupaban cargos en CACSA como del acusado que ostentaba la presidencia de la FTVCB-, que las normas administrativas deben ser interpretadas conforme a la realidad social concurrente en el momento histórico de su aplicación, y no, en el concurrente ahora, 12 años después. **En la actualidad resulta palmario que la actuación desplegada se hallaría al margen de la legalidad, pero en aquel momento lo cierto es que la administración se conducía del modo descrito, aprovechando ciertas antinomias legales, que inciden en el elemento subjetivo del tipo penal (dolo), por cuanto siempre existirá una alternativa razonable que explique la creencia de los acusados de que podían hacer lo que hacían.**

Adviértase en tal sentido, que la propia asesora jurídica de CACSA, Sra. Mallent, defendió que, con anterioridad al año 2004, a la mercantil únicamente le resultaba de aplicación la Disposición Adicional 6ª y que, con posterioridad a la modificación, el art. 2 de la LCE, únicamente resultaba aplicable a determinados contratos en atención a su cuantía. Si bien precisó, que la aplicación de la ley se limitaba a aquellos preceptos relacionados con la publicidad, capacidad, procedimientos y adjudicación. Asimismo, la versión de los hechos sostenida por la testigo, vendría avalada por la operativa negocial desplegada por CACSA, SA en el ejercicio de su actividad ordinaria, acaecida en fechas anteriores, coetáneas y, en algunos supuestos, posteriores a los convenios aquí examinados, que resulta ser análoga a la aquí analizada. Así se advierte del contenido de la prueba documental anticipada presentada por las defensas de la que se desprende que, CACSA, SA, suscribió los siguientes negocios jurídicos: 1.-Contratos de Patrocinio entre CACSA, SA y Valencia Club de Atletismo de fechas 15.5.2003, 15.2.2004, 21.2.2005, 21.2.2006 y 21.2.2007; 2.- Convenios de colaboración entre la Fundación "Crecer Jugando" y CACSA, SA para la campaña de solidaridad "Un Juguete, una ilusión" de fechas 1.12.2003, 6.12.2004, 16.9.2005, 11.5.2006 y 3.5.2007; y, finalmente, 3.- Contrato de Esponsorización deportiva celebrado entre CACSA, SA y LEVANTE UNIÓN DEPORTIVA, S.A.D de fecha 23.6.2004.

Por otra parte, del mismo acopio probatorio, resulta la formalización de distintos acuerdos marco de colaboración entre la FTVCB y CACSA, SA: Acuerdo Marco de Colaboración entre Turismo Valencia Convention Bureau, CACSA, SA, Autoridad Portuaria de Valencia y Federación de Empresarios de Hostelería de Valencia y provincia de fecha 23.5.2004; Convenio Marco de Colaboración entre Turismo Valencia Convention Bureau y CACSA, SA, de fecha 14.2.2003; Addenda al Convenio Marco de Colaboración entre Turismo Valencia Convention Bureau y CACSA, SA, de fecha 14.2.2003; Acuerdo Marco de Colaboración entre Turismo Valencia Convention Bureau y CACSA, SA, de fecha 28.2.2003 ; Y, finalmente, Addenda modificativa al convenio entre Turismo Valencia Convention Bureau y CACSA, SA, de fecha 19.2.2010.

Consideramos que no es el momento de sancionar *ex post facto* el recurso a la administración instrumental. La Sala es consciente de que detrás del uso de estas técnicas privadas siempre existe un núcleo público inmanente. En la medida en la que actúan en el tráfico jurídico sometidas al derecho privado, pero, siempre precisan de un acto político al que se llega a través de un procedimiento que es administrativo y no privado. Esto es, la administración tiene la alternativa de optar entre una forma de gestión u otra por lo que esta opción parte de un acto administrativo público que, al final, siempre sigue al gestor público "societario". En el ámbito penal cabe sancionar como delito de malversación la actuación administrativa a través sociedades privadas (SSTS 149/2015, de 11 de marzo y 600/2014, de 3 de septiembre); o entender que determinados gestores pese a la forma que adopten, participan de funciones públicas.

Pero aún en estos casos el Derecho penal como derecho represor está regido por principios fundamentales en garantía de los ciudadanos individuales; el principio de intervención mínima, tipicidad y legalidad. Debemos recordar que la responsabilidad penal es personal e individual y por hechos concretos, de modo que, sólo si se prueban los elementos objetivos y subjetivos del delito cabe condenar en un caso concreto".

NOVENO. - La proyección a los elementos subjetivos de las limitaciones que pesan sobre la revisión de absoluciones en vía de recurso está afirmada en múltiples resoluciones. Alguna ha aparecido ya citada en fundamentos anteriores. Hay que insistir ahora en ello a la vista de que ahí radica la razón nuclear, aunque no única, que lleva a la Sala de instancia a rechazar la condena por prevaricación. Las cosas se hacían objetivamente de forma no ajustada a la legislación, una legislación confusa ambigua y susceptible de exégesis dispares. Pero quienes las hacían no tenían conciencia de ello.

La STS 70/2014, de 3 de febrero dirá al respecto:

"El panorama es sustancialmente similar cuando lo que se busca es modificar la valoración de un elemento interno como, en este caso, el ánimo de matar. Hasta hace unos

años ningún obstáculo existía para hacer valer en casación esa pretensión a través del art. 849.1º LECrim. Hoy esa vía está también cerrada salvo casos singulares en que en verdad lo que late detrás de la pretensión impugnatoria no es una modificación de la valoración sobre ese elemento de hecho sino un tema de subsunción jurídica (vid STC 205/2013, de 5 de diciembre). No es ese el supuesto que se ventila ahora. Se quiere que se sustituya lo que el jurado da por probado (que "el acusado tenía ánimo de herir") por otra inferencia fáctica distinta ("el acusado tenía ánimo de matar", o "conciencia de que podía causar la muerte", lo que expresamente se dio por no probado).

La doctrina jurisprudencial tradicional entendía que esos elementos internos no son propiamente hechos, sino deducciones que deben derivarse de circunstancias externas; que la posición del Tribunal en casación es semejante en ese punto a la de la Audiencia y que, por tanto, era factible la revisión.

Esa doctrina nació en un marco en que el margen de valoración de la actividad probatoria por parte del TS en casación era muy angosto. Pero desde que se abrió la posibilidad de debatir en casación el derecho a la presunción de inocencia perdía parte de su sentido por más que se haya perpetuado hasta fechas bien cercanas. Las intenciones, los elementos internos, no dejan de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso se le llama inferencias: a la fijación de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pero son datos factuales. Pertenecen a la *quaestio facti.* Abierta al control casacional la prueba indiciaria a través de la presunción de inocencia y reglas del art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se diluye la indudable utilidad que pudo tener en su día la doctrina del TS (inferencias revisables por el cauce del art. 849.1º LECrim pero que, además, permitía revisarlas también en contra del reo y no solo vía presunción de inocencia).

En esos casos el Tribunal de Casación resolvía pudiendo dictar una sentencia condenatoria sin oír directamente al imputado, y sin existir, por tanto, inmediación respecto de tal medio probatorio.

La revisión de la suficiencia del juicio de hecho a través de la presunción de inocencia, es factible. Con ello desaparecieron algunas de las causas que estaban en las raíces de esa tesis clásica que cristalizó en una atmósfera en que la rigidez de la casación invitaba a arbitrar válvulas de escape. Pero las inferencias no son más que una forma de prueba indirecta de hechos internos. Prueba indiciaria y legitimidad de las inferencias se miden por parámetros o juicios similares. Son hechos anímicos, pero "hechos" aunque con una peculiaridad: han de acreditarse a través de elementos externos, deducirse de éstos. Esa deducción es prueba indirecta: de unos hechos externos se infieren otros internos.

Esa doctrina era inconciliable con las pautas marcadas desde Estrasburgo. Puede considerarse abandonada; especialmente a partir del acuerdo ya citado del Pleno no jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2012. Los elementos internos se ubican en la cuestión fáctica. La jurisprudencia del TC que había consentido con otra interpretación (vid SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, 60/2008, de 26 de mayo, y 124/2008, de 20 de octubre) ha sido desautorizada por el Tribunal de Estrasburgo y abandonada por el propio TC (STC 157/2013)

La STEDH de 25 de octubre de 2011, caso *Almenara Álvarez contra España,* tras recordar varios precedentes (sentencias *Bazo González*, de 16 de diciembre de 2008; el asunto *Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009; *Marcos Barrios contra España,* de 21 de septiembre de 2010; y el ya citado *García Hernández contra España,* de 16 de noviembre de 2010) proclama la indispensabilidad de una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se hace una nueva valoración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. Para el TEDH en el caso *Almenara Álvarez* la Audiencia no se limitaba a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica. Se pronunciaba sobre una *cuestión de hecho,* a saber: la *intencionalidad* en el momento de vender algunos inmuebles como presupuesto de una condena por el delito de alzamiento de bienes. La apreciación de un elemento subjetivo alberga un componente fáctico.

La STEDH de 13 de diciembre de 2011 –asunto *Valbuena Redondo*- condenaría nuevamente a España. El TEDH remarca otra vez la tesis de que la percepción de ánimo de defraudar no escapa a la cuestión de hecho.

Las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero* (cuyo precedente era la STC 328/2006, de 20 de noviembre), de 20 de marzo de 2012, (caso *Serrano Contreras)*y de 27 de noviembre de 2012 (caso *Vilanova Goterris y Llop García)* se refieren a resoluciones de casación: tampoco puede llegarse a una primera sentencia condenatoria o una agravación al conocerse de la casación contra el pronunciamiento absolutorio, ni siquiera con el subterfugio de reconducir las inferencias sobre elementos subjetivos al ámbito de la cuestión jurídica. En la STEDH *Serrano Conteras* se analiza un supuesto que había comenzado con la absolución del acusado por delitos de estafa y falsedad por la Audiencia Provincial. La STS 1435/2005, de 14 de octubre condenó estimando el recurso de casación. El recurso de amparo contra ella no fue admitido a trámite. En criterio del TEDH los órganos nacionales con esas actuaciones no se habrían atenido a las exigencias del Convenio. Argumenta así: "*el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto,* ***la existencia de dolo****), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (*Lacadena Calero *c. España, antes citado, § 47). Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (*Lacadena Calero*, antes citada, § 48). El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación".*

Asumiendo el coste de ser no ya reiterativos, sino pura y llanamente repetitivos, creemos que compensa citar también con transcripción de algunos de sus pasajes, pese a que padezca la siempre deseable brevedad aquí ya muy maltrecha, dos muy recientes pronunciamientos del TC, tajantes e inmisericordes (en sentido figurado obviamente) a la hora de no tolerar el más mínimo portillo en esos rocosos principios.

La STC 146/2017, de 14 de diciembre anula una sentencia de esta Sala Segunda por esa razón.

Dice el TC:

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3. o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó **"que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).**

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto *Marcos Barrios c. España*, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto *García Hernández c. España*, § 25; 25 de

octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, §39; 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§ 41 a 46).

Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado "de manera consciente y deliberada" a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).

La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite ya anticipar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta, no así en relación con la consideración de la conducta como típica. (…)

b) Distinta conclusión debemos alcanzar en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas, esto es, la relativa al respeto de la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales y del deber de audiencia de los acusados como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa respectivamente por el Tribunal Supremo al efectuar **la inferencia sobre el conocimiento de la**

antijuridicidad de los recurrentes subyacente a la calificación como vencible o invencible el error de prohibición en el que incurrieron los recurrentes.

El caso planteado presenta una serie de singularidades frente a otros supuestos enjuiciados por este Tribunal Constitucional, que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el artículo 14 CP.

Son precisamente estas vicisitudes, y especialmente, el carácter favorable de la apreciación del error vencible de prohibición, lo que llevó a que el Tribunal Supremo descartara la vulneración del derecho de defensa, por no haber dado la posibilidad de oír a los acusados. Por otra parte, son precisamente esas peculiaridades las que llevaron a apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

Debe coincidirse con el Ministerio Fiscal en que de haber limitado el Tribunal Supremo su actuación al primer motivo casacional: la tipicidad o atipicidad de la conducta probada, la condena de los inicialmente absueltos no hubiera merecido reproche constitucional alguno ni desde la garantía de inmediación ni desde la perspectiva del derecho de defensa conforme a la doctrina expuesta.

El razonamiento por el que la segunda sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los Estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, —que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal— lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las sentencias. Es precisamente en esta Sentencia, en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y no trataron de despejar esa duda, en consecuencia, aprecia el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, la invencibilidad del mismo. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo, orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según refieren en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo, manifestaron “su creencia absoluta y sin género de dudas de que la Asociación y sus asociados obraban conforme a derecho”. De este modo el Tribunal Supremo privó de cualquier virtualidad probatoria a las declaraciones de

los coacusados por las que negaban haberse planteado la antijuridicidad de su comportamiento, pese a que no tomó conocimiento directo e inmediato con tales pruebas personales en condiciones plenas de inmediación, contradicción y publicidad.

Por otra parte cuando el Tribunal Supremo abre el debate sobre la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y solicita a las partes que le informen sobre la concurrencia de un error del artículo 14 CP, se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad de los acusados, decantando su decisión no por la solución exoneradora de la responsabilidad penal interesada por la defensa de los acusados —lo que hubiera determinado una respuesta penal absolutoria, como la de la instancia, carente por ello de esta específica problemática constitucional—, sino por una exoneración parcial, al considerar que el error padecido por los acusados era vencible, lo que a la postre lleva a que se condene a los inicialmente absueltos.

En efecto, el Tribunal Supremo, en su segunda Sentencia, condena a los acusados absueltos al descartar que el error de prohibición fuera invencible, esto es, rechaza que los acusados tuvieran la certeza firme sobre la legalidad de su actuación —tesis mantenida en el trámite de alegaciones por el letrado de los acusados—. **Para alcanzar tal conclusión la Sentencia efectúa un razonamiento deductivo que partiendo de los hechos probados le lleva a afirmar que los acusados sopesaban y se representaban como posible la antijuridicidad de su actividad, lo que determina la exclusión de la invencibilidad del error y en consecuencia la revocación de la previa absolución sin atender la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), y ello pese a que el núcleo de lo debatido, introducido de oficio por el Tribunal Supremo, afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad y no versaba sobre estrictas cuestiones jurídicas (este era el caso de las SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6). El razonamiento del Tribunal Supremo versó sobre la intención de los acusados inferido de los hechos probados completados y reinterpretados con el examen de la prueba documental, por lo que la cuestión no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente, y sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado, dada la naturaleza de las cuestiones de hecho y de derecho determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, de los acusados.**

A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa —error vencible de prohibición— que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa (por todas, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*).

Es decir, la apreciación en favor del reo de un error de prohibición de carácter vencible, descartando su invencibilidad, nunca alegada en la

instancia, no era viable. Solo oyendo a los acusados de forma directa se puede rechazar la hipótesis, nunca aducida en el plenario, de una inevitabilidad del error.

Cuanto más la expresa proclamación por el Tribunal de instancia de sus dudas sobre la presencia del elemento subjetivo del delito ha de ser escrupulosamente respetada en casación si queremos ajustarnos al sistema legal de fuentes y al papel que se otorga a la doctrina emanada de tal Alto Tribunal (art. 5.1 LOPJ).

La STC 125/2017, de 13 de noviembre dictada poco antes, decía en idéntica dirección:

La Sentencia hoy cuestionada atendió parcialmente el recurso de casación del Ministerio Fiscal, afirmó el carácter típico del documento emitido por el demandante y, rechazando la acusación por **falsedad** dolosa, le declaró responsable de un delito imprudente de **falsedad** documental por entender que, antes de emitir el "informe", no investigó o contrastó suficientemente la veracidad de los hechos que en él relataba, incumpliendo así el deber de cuidado que, en este aspecto, le correspondía como Secretario municipal y reforzando objetivamente en el tráfico jurídico la aparente realidad de la minuta de honorarios, al dar por realizados los hechos a los que se refería.

Tanto el demandante como el Ministerio Fiscal coinciden en considerar que la condena **penal** acordada por primera vez en casación ha vulnerado los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE). Según el demandante, ha sido condenado al margen de las garantías de inmediación y contradicción que deben presidir la nueva valoración probatoria efectuada en casación, y lo ha sido, también, sin haber sido oído personal y previamente por el órgano judicial que le condenó, lo cual habría infringido la doctrina constitucional iniciada por la STC 167/2002, ampliada y reiterada en las SSTC 184/2009 y 88/2013, en particular en cuanto esta última declara que, sólo tras la audiencia personal del acusado absuelto, puede apreciarse por parte del órgano revisor la concurrencia de los elementos subjetivos del delito. Afirma el demandante que, si bien formalmente el Tribunal Supremo no ha alterado los hechos declarados como probados, materialmente si se ha producido tal alteración. Para sostener la pretensión de amparo utiliza dos argumentos:

(i) Donde la Sala de instancia apreció dudas respecto al carácter público y oficial del documento, la Sala de casación afirma que, en todo caso, el informe elaborado es un documento público oficial (**elemento** normativo de la **falsedad**). A juicio del demandante, el que un documento sea o no público es un "hecho", que no deja de serlo porque tenga una vertiente de calificación jurídica.

(ii) La Sala de instancia no apreció dolo falsario en la conducta del demandante, sin embargo, la de casación apreció imprudencia grave (**elemento subjetivo**), por lo que,

también desde dicha perspectiva, modificó los hechos que sustentan la condena pese a que, el propio Tribunal Supremo ha admitido que el **elemento subjetivo** del tipo, llamado también interno o volitivo, es un "hecho" o "cuestión fáctica".

3. Expuestas las pretensiones de amparo y su fundamentación, así como el desarrollo procesal de las actuaciones que culminaron con la condena **penal** en casación del demandante como autor de un delito imprudente de **falsedad** documental, la cuestión de fondo que se plantea en este proceso es, una vez más, la supuesta vulneración, al resolver el recurso de casación, de las garantías procesales que, frente al acusado que niega haber cometido el hecho que se le imputa, deben observarse para poder atender una pretensión de condena contra una decisión absolutoria acordada en la instancia. Como ya anticipamos, apreciamos en este caso que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), como consecuencia de que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega (art. 24.2 CE) podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)].

Como con extenso pormenor se expone en la STC 88/2013, de 11 de abril, del Pleno (FFJJ 7 a 9), a cuya fundamentación hemos de remitirnos, la cuestión planteada ha sido abordada por este Tribunal en una jurisprudencia reiterada, complementaria y progresivamente ampliada que, rectificando pronunciamientos anteriores, tiene su momento inicial en la STC 167/2002 de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), también del Pleno. En dicho pronunciamiento, con el objetivo de "adaptarse más estrictamente a las exigencias del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales", fijó este Tribunal una nueva interpretación del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Más específicamente, la referencia fue entonces la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido del artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), tal y como en esta materia se venía estableciendo desde la STEDH de 26 de mayo de 1988 (caso *Ekbatani contra Suecia*). El Tribunal europeo, partiendo de la idea de que "el proceso **penal** constituye un todo y la protección del artículo 6.1 CEDH no termina con el fallo de primera instancia", había señalado que, conforme a su propia jurisprudencia, "el Estado que organiza tribunales de apelación o casación tiene el deber de asegurar a los justiciables las garantías fundamentales del citado precepto" (ap. 24); señalando al mismo tiempo que, en la determinación de cuales sean en cada caso esas garantías, es necesario examinar el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de revisión y la manera en la que los intereses del acusado fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Ya en aquel lejano supuesto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que era necesario un debate público, con presencia y participación del acusado, cuando el órgano de revisión "conoce tanto de cuestiones de hecho como de Derecho" y "estudia en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado", pues en tales casos no puede resolverse la pretensión de revisión sin un examen directo y personal del acusado que afirma no haber cometido la acción delictiva que se le imputa.

Asumiendo dicho contenido, reiteramos desde entonces que resulta contrario a un proceso con todas las garantías que, conociendo a través de recurso, un órgano judicial condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados— cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en una vista pública, en presencia del órgano judicial que las valora y de forma contradictoria, esto es, en presencia y con la intervención del acusado.

Dicho criterio inicial fue también aplicado a aquellas decisiones de revisión que, sin alterar el relato de hechos probados declarado en la instancia, fundamentaban la condena del acusado en la distinta apreciación de la concurrencia de elementos subjetivos del delito (aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle). En tales casos, el canon constitucional establecido apreciaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías únicamente cuando, sin la celebración de vista pública y contradictoria, la distinta apreciación de elementos subjetivos se razonaba a partir del resultado de pruebas personales, quedando excluida la vulneración cuando procedía de pruebas documentales (SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, y 91/2009, de 20 de abril).

(…) **La evolución que ha sido expuesta ha tenido una especial incidencia sobre el tratamiento de las decisiones judiciales que revocan un pronunciamiento absolutorio o agravan una condena anterior con fundamento en la reconsideración de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito (como dijimos, aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle).**

Si bien desde la primera perspectiva (STC 167/2002) los debates en torno a su concurrencia fueron inicialmente valorados como debates "jurídicos" no necesitados de vista pública o inmediación, ni de la presencia del acusado, cuando se apoyaban en prueba documental, en cuanto se afirmaba que remitían a un juicio de inferencia discrepante que se formulaba a partir de hechos declarados probados (SSTC 328/2006 y 91/2009), la toma en consideración de la segunda perspectiva modificó el sentido de los pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 184/2009, 45/2011, de 11 de abril, y 142/2011, de 26 de septiembre). Y así, a partir de la STC 184/2009, hemos afirmado reiteradamente que, en cuanto los elementos anímicos se infieren de la conducta del autor, esto es, de su manifestación externa en un contexto determinado, la apreciación de su concurrencia no solo expresa una valoración fáctica necesitada usualmente de publicidad, inmediación y contradicción, sino que, en todo caso, ha de ofrecerse al acusado, que niega haber cometido el hecho que se le imputa, la posibilidad de estar presente en un debate público donde pueda defender sus intereses contradictoriamente; exigencias éstas que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se cohonestan con la actual estructura procesal del recurso de apelación y casación penal, cuyo ámbito de cognición ha quedado así delimitado.

Lo expuesto no quiere decir que todo pronunciamiento discrepante que, al revisar una decisión absolutoria, pueda hacerse sobre los elementos subjetivos del delito precise de un debate previo con publicidad, inmediación y contradicción en el que pueda intervenir el acusado. Así, la identificación de cuales sean los elementos subjetivos de cada delito puede corregirse en vía de recurso, incluido el de casación, si se basa precisamente en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de errores en la calificación jurídica. A modo de ejemplo cabe señalar, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes supuestos:

(i) Si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual sería suficiente para la condena.

(ii) Cuando se calificase por el tribunal de instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por aquel tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo.

(iii) Cuando el tribunal de instancia fundase su absolución en la ausencia de un **elemento subjetivo** específico que considerase necesario para integrar el tipo, si esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del **elemento subjetivo** específico exigido por el tribunal *a quo*.

Por tanto, los tribunales penales, que tienen asignada la función de control de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que se someten a su consideración en vía de recurso, pueden fundamentar su decisión discrepante modificando la valoración del tribunal de instancia sobre la necesidad y concurrencia de los elementos subjetivos del delito cuando tal revisión se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre los extremos expuestos, en un error de subsunción jurídica, cuya apreciación no precise revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos en el caso concreto.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión de sentencias, incluidas las absolutorias, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo al no afectar a los hechos, se concretan en la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, cuando tal corrección no precise ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

Esas consideraciones llevan de la mano al TC a la estimación de la demanda de amparo y anulación del pronunciamiento de esta Sala Segunda:

"(ii) Hemos declarado reiteradamente que, para garantizar un proceso con todas las garantías, no es necesaria la reproducción del debate público con contradicción e inmediación, cuando el órgano revisor se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de hechos base que resultan acreditados en la sentencia impugnada, al ser una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado. Pero este

no es el supuesto que ahora se plantea, pues no fueron declarados probados en la sentencia recurrida en casación los hechos que constituyen la premisa fáctica que permite inferir la conducta imprudente del ahora recurrente, lo que bien pudo deberse a que, al no ser objeto de acusación la comisión culposa del delito de **falsedad** documental, no había lugar a que la Audiencia Provincial se pronunciase sobre la concurrencia de los elementos fácticos constitutivos del delito imprudente.

En tales circunstancias, el Tribunal Supremo no se limitó a realizar una mera revisión o análisis de la estructura racional del discurso valorativo de la sentencia de instancia (STC 120/2013, de 20 de mayo, FJ 4), con el fin de rectificar la inferencia realizada por el órgano *a quo* para llegar a una conclusión de signo opuesto, pero sin modificación alguna del soporte fáctico objetivo que declaró probado, lo que no merecería reproche en esta sede; sino que, por el contrario, partiendo de la exclusión por parte de la Audiencia Provincial de un pronunciamiento sobre la culpabilidad a causa de la inexistencia de un **elemento** constitutivo del tipo objetivo del delito de **falsedad** documental objeto de acusación —la naturaleza típica como *documento* del informe emitido por el demandante—, el Tribunal Supremo amplió el sustrato fáctico predefinido en la instancia con la introducción de hechos nuevos en el razonamiento de casación que, para ser declarados probados, hubieran precisado la práctica de pruebas personales en condiciones de contradicción, inmediación y publicidad propias del juicio oral".

Dos últimos y muy recientes pronunciamientos del TC -SSTC 36/2108 y 37/2018, de 23 de abril- sirven de broche de cierre a este elenco de referencias jurisprudenciales. Otra vez se anulan sendas sentencias de esta Sala Segunda con argumentos en buena parta calcados de las que acaban de transcribirse (lo explica la similitud de los supuestos): una Sala de casación penal no está autorizada para realizar inferencias sobre elementos internos que perjudiquen a los acusados. Sin oírlos directamente no es posible. Careciendo un recurso de casación de un trámite hábil para ello (que sería además incompatible con la naturaleza de este recurso), la conclusión es obvia. Nunca puede ser estimado por razones de fondo un recurso de casación interpuesto por una acusación que propugne revisar las deducciones o inferencias sobre los elementos psicológicos o internos determinantes de la tipicidad o de la culpabilidad.

Desde el momento en que la sentencia sometida ahora a censura casacional considera que los acusados actuaban en la creencia de que los marcos normativos que usaban como referencia para adoptar las decisiones eran correctos y se ajustaban a la legalidad, el debate sobre si esa

estimación era acertada o no pierde todo sentido en esta sede: falla el tipo subjetivo del delito de prevaricación que no admite la comisión culposa. No podemos aquí discrepar de la estimación de la Sala de instancia afirmando que sí aparecía ese elemento subjetivo; que eran conscientes de la ilegalidad de la actuación. Los argumentos aducidos por el Tribunal *a quo* para realizar esa inferencia, por otra parte, distan de ser arbitrarios, voluntaristas, o caprichosos; antes bien, aparecen rodeados de racionalidad, lo que no significa que puedan discutirse o no compartirse. Pero no en casación.

El motivo **tampoco puede prosperar**. Lo impiden otra vez las limitaciones que las acusaciones encuentran a la hora de recurrir pronunciamientos de signo absolutorio. Solo podemos debatir en casación *contra reo* temas estrictamente jurídicos. Nunca modificar o presuponer en su perjuicio un elemento fáctico, aunque sea subjetivo, psíquico o interno, necesario para la subsunción jurídico penal.

DÉCIMO.- El motivo séptimo y último del recurso del Fiscal, como todos los anteriores, se ajusta también a la rígida disciplina del art. 849.1º LECrim denunciando lo que considera un error de subsunción jurídica. Reclama ahora la condena de Jorge Vela y Elisa Maldonado como autores de un delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario del art. 390.1.2º CP por el que venían siendo acusados. Han sido, empero, absueltos.

Estos son los hechos sobre los que el Ministerio Fiscal proyecta su argumentación:

"*Como consecuencia de lo anterior* (se está refiriendo al informe de la sindicatura de cuentas que advertía de la necesidad de justificar la oportunidad y conveniencia del gasto)*,* ***D. Jorge Vela*** *solicitó* a ***Doña Elisa Maldonado*** *que, previas las comprobaciones oportunas, elaborase un informe justificativo del evento realizado en el año 2005, al objeto de dejar constancia en el expediente.*

Como quiera que la misma no había intervenido (o únicamente en aspectos puntuales) en la elaboración del Convenio inicial y en la addenda*, confeccionó el informe tras tomar conocimiento de la información que constaba en la entidad referida al Programa de la Cumbre, lista de personas que habían participado, como conferenciantes y*

observadores, entre ellos personalidades del mundo académico y deportivo, dossier de prensa en el que se plasma la repercusión del evento en los distintos medios de comunicación y que incluye el texto de las noticias y artículos publicados. E igualmente, se informó a través de la responsable del departamento de prensa de CACSA, elaborando con base en dicha información el informe de fecha 1--09-05.

Dña. Elisa Maldonado, con ocasión de la confección de dicho informe se percató de que no constaba informe alguno justificativo del evento que se había celebrado en el año 2004, circunstancia que comunicó a D. Jorge Vela, confeccionando con el mismo contenido, pero modificando la fecha, un informe para el año 2004 que se unió al expediente

El informe relativo a la cumbre celebrada en el año 2006 la elaboró D. Elisa Maldonado en Abril del año 2007 por el mismo procedimiento, esto es, con posterioridad a la celebración de los eventos y a partir del análisis de la documentación que se le facilitaba".

Dirá la sentencia para justificar la absolución:

"Finalmente, se postula frente a Dña. Elisa Maldonado un delito de falsedad en documento público con ocasión de la redacción del informe de justificación de la formalización del convenio suscrito en el año 2004 (f. 2468. Anexo 48). Respecto de tal informe, sostiene la acusación que D. Jorge Vela ordenó a Dña. Elisa Maldonado en el año 2005 realizar un informe para justificar el convenio de 2004, indicándole que lo datara en el año 2004, con la finalidad de incorporarlo al expediente y dar cumplimiento a la falta de justificación en la inaplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación de 2004, advertida por la Sindicatura de Cuentas. En idéntico sentido se pronuncia respecto del informe técnico que afirma, redactó la acusada en fecha 20 abril de 2007, para su incorporación al expediente correspondiente al evento celebrado en el año 2006 (f. 2471 y 2472. Anexo 48).

Con relación a los hechos objeto de acusación, Dña. Elisa Maldonado manifestó que, a su juicio, no era necesario un informe técnico porque se trataba de un patrocinio sujeto a derecho privado, al que no le resultaba de aplicación la Ley de contratos. Afirmó que cuando emitía estos informes (también cuando elaboró el informe concernido al evento celebrado en 2004) solicitaba a la asesoría jurídica el texto de los convenios, las memorias, el clipping de prensa y, en definitiva, toda la documentación necesaria. Asimismo, detalló que no se trataba de informes sujetos a la ley de contratos, sino de informes en los que se valoraba la decisión estratégica de la empresa, dirigidos a la Sindicatura de Cuentas o a terceros. Concretó que se trata de informes que analizan el objetivo y el resultado de una concreta acción de comunicación, en los que se concluye si la acción ha tenido o no un resultado positivo y, en definitiva, si la decisión estratégica ha sido o no acertada.

El contenido del informe emitido, avala las manifestaciones vertidas por la Sra. Maldonado relacionadas con el análisis documental que refiere haber realizado para su confección. De ello deducimos que, el contenido de los informes emitidos se ajusta a la realidad, en la medida en la que no es sino un reflejo de la documentación consultada. Precisamente, el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones advierte una coincidencia evidente entre el informe emitido y el texto del convenio concernido al evento celebrado en

el año 2004. Por otra parte, la versión de los hechos que sostiene la acusada respecto de la naturaleza de los informes emitidos viene a resultar corroborada por el contenido del correo electrónico obrante en el folio 24.961, remitido por Amparo Porras en fecha 5 de marzo de 2007 y en el que consta como asunto: "Instituto Nóos-Sindicatura" y, puede leerse: "Os lo comento porque ha solicitado esta contratación Sindicatura y como siempre en este tipo de contrataciones si aportamos informe de seguimiento o de resultados, mejor (es lo que nos vienen pidiendo desde hace años). Se trata de justificar la aportación de CACSA, SA".

Esta circunstancia avalaría por sí misma la atipicidad de la conducta en la medida en la que, aún confeccionados con posterioridad, los informes reflejan la realidad de unos hechos que hallan sustento en la documentación relacionada en los expedientes, respecto de cada uno de los eventos. Y, aun cuando se advierte, que en el informe obrante en el folio 2468, obra una modificación de la fecha, efectuada de forma manuscrita, este sólo hecho no conformaría una acción falsaria típica en la medida en la que, como hemos argumentado previamente, tal acción carece entidad suficiente para comprometer la seguridad del tráfico jurídico y, en definitiva, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos. En definitiva, no advertimos en la conducta riesgo alguno para el bien jurídico protegido en la medida en la que tal acción carecería de potencialidad lesiva para producir un daño real o potencial en el tráfico jurídico".

Podemos suscribir en sus líneas maestras el razonamiento de la Audiencia. Los informes se hacen *a posteriori,* pero nada irreal tratan de aparentar. Su propio contenido –un tanto insulso y nada comprometido- desmiente esa hipotética versión. Se quiere subsanar un defecto en el expediente con la seguramente insuficiente fórmula de llevar a cabo *ex post* una justificación que quizás era conveniente *ex ante.* Pero lo básico y esencial es que cualquiera que se asomase a alguno de esos expedientes se percata de ello. Según aparece relatado el hecho no se quiso fingir o simular que era un informe previo necesario para justificar la inversión. Se habla en alguna comunicación de informe sobre resultados.

Y los informes se confeccionan *previas las comprobaciones oportunas,* es decir no consignando datos falsos o inventados, sino reseñando la forma en que se había desarrollado el evento lo que se constató a través de la documentación obrante en el departamento correspondiente y de su repercusión mediática.

Nada distinto se deduce en relación al informe relativo al evento de 2004. Los informes no hacen pensar que se trataba de la base justificativa

previa al gasto. No son inveraces más allá de que la fecha que figura en los mismos no coincida con la de su emisión y elaboración. No es dato significativo. No consta en el hecho probado que se buscase simulación o fingimiento. Sentado eso la exactitud de la fecha es elemento inocuo. La antedatación que denuncia el Fiscal no es relevante. Ni siquiera se hace constar en el hecho probado quién rectificó de forma manual e indisimulada (lo que se aviene mal con una intención falsaria) el año en el informe de 2004, (una conciencia de clandestinidad habría llevado a modificar el dato digitalmente y proceder a la reimpresión).

El motivo no es estimable debiendo ser refrendada también en este punto la sentencia de instancia.

B) <u>Recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.</u>

UNDÉCIMO. - Encabeza el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares un motivo que transita a través del art. 849.2º LECrim, una complicada senda casacional, empedrada de dificultades por sus muy estrictos condicionantes, a los que, como veremos, no se atiene la Administración recurrente.

En la actualidad el éxito de un motivo por *error facti* se ha convertido en una cima casi inalcanzable cuando es una acusación quien trata de encaramarse por ella.

Tal vía permite excepcionalmente revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia para que el Tribunal Supremo la sustituya por la operada directamente por él. El respeto al principio de inmediación impone dos severas restricciones:

a) Solo respecto de la prueba documental la posición de los Tribunales de casación y de instancia es idéntica en orden a la inmediación. Esa realidad permitió incrustar esta fórmula casacional –*error facti*- ausente en la originaria casación. No es una traición a la inmediación encumbrada como principio estructural en el modelo de nuestra Ley Procesal: el documento está ahí. Puede ser percibido en iguales condiciones.

b) Precisamente esa idea rectora –inmediación- arrastra una significativa limitación que restringe mucho la operatividad de la norma: lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente tal correctivo: si concurren otros medios de prueba de carácter personal que desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal de casación carece de inmediación. Por tanto está, en la concepción de la LECrim, incapacitado para sopesar la fuerza probatoria del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias.

Esto supone ya un importante lastre para el manejo de este precepto por las acusaciones: no siempre, pero sí muchas veces, tropezará con que, al menos la declaración del acusado, contradice lo que quiere derivarse del documento en contra del acusado.

A esas dos limitaciones clásicas ha venido a unirse en la actualidad otra que casi cancela la virtualidad para las acusaciones de esta norma, que, sin embargo, sigue jugando un papel relevante para las defensas. Nada se descubre si recordamos que la posición de acusación y defensa en el proceso penal no es simétrica. Eso es de esencia de un proceso penal moderno acusatorio.

Tras este preámbulo volvamos al asunto concreto:

A.- La recurrente quiere en primer lugar expulsar una afirmación del hecho probado relacionada con la Oficina de proyecto.

La sentencia proclama: "... no obstante, la mercantil NCE SL, llevó a cabo las prestaciones convenidas con la Fundación Illesport y con IBATUR, no habiéndose acreditado que su coste superara el precio de mercado".

Ya de entrada se hace más costoso un intento de desacreditar (en su sentido más literal, es decir, acreditar que sí se ha acreditado y discúlpese el trabalenguas). No dice la sentencia que el coste no superó el precio de mercado; sino que no consta que el coste superase el precio de mercado.

Por tanto, según la arquitectura del precepto (art. 849.2 LECrim), será necesario ***a)*** presentar un documento del que se deduzca de forma indubitada e indubitable que el coste superó el precio de mercado y ***b)*** constatar que no obra en la causa ninguna otra prueba de tipo personal (entre las que se cuentan las declaraciones de los acusados) o de otra naturaleza de la que puede deducirse lo contrario (esto es, al menos, que hay dudas al respecto).

Con ese objetivo, probablemente inaccesible desde el punto de vista procesal, abre la impugnante varias líneas argumentales:

a) No obran documentos que acrediten los gastos realizados. La réplica fluye instantánea: esto no es un documento –que es lo que exige el art. 849.2 LECrim como plataforma sobre la que levantar el razonamiento-, sino en todo caso, *falta de documentos.* La *falta de documentos* jamás puede probar -que es lo que exige el art. 849.2- sino dejar sin prueba –tipo de razonamiento que se aparta radicalmente de la filosofía del art. 849.2 LECrim-.

b) Identifica a continuación alguna documental con la que pretende acreditar que no existe ningún "tipo de justificación de los trabajos facturados en concepto de "colaboración profesional": anexo 58, certificado del Director Gerente de la Fundación Illesport en el que señala que en los archivos de la Fundación únicamente obran las facturas emitidas por NCE. Pero eso no demuestra que no se hiciese el gasto, sino que no se justificó lo que es distinto y no está negado por la sentencia.

c) Invoca, por fin, en apoyo de su razonamiento una manifestación de Jaume Matas (el *abono obedecía a una comisión*). Pero eso es prueba personal inapta para fundar un motivo por *error facti.* Sirve para demostrar que la declaración de Matas podría no estar con contra de lo que pretende acreditar; pero no para acreditarlo.

B.- Interesa tras ello que se declare probado que "... la Oficina del Proyecto fue una "comisión" pedida por el acusado D. Ignacio Urdangarín y otorgada sin discusión al

mismo por el acusado D. Jaume Matas, sin que se destinasen los fondos pagados por la misma a ningún servicio de utilidad pública".

Imposible atender tal petición. No solo por estar reñida con la doctrina sobre revisión de la valoración probatoria en fase de recurso en contra del reo, como se ha explicado en fundamentos anteriores, sino también porque es palmario que el esquema de ese discurso argumental no se ajusta al corsé del art. 849.2º LECrim.

C.- En un postrer momento fija su atención la recurrente en la celebración del Forum Illes Balears en 2005 y 2006. Se entretiene en reproducir el *factum* en el apartado cuya revisión pretende. A continuación, indica:

"La relación de facturas que la defensa del Sr. Torres presentó, en fecha 13 de diciembre de 2010, para justificar los gastos de los IB Fórum de 2005 y de 2006, y que obran en los folios 191 a 206 de la pieza 25, así como las que conforman el anexo 42 de la causa fue objeto de un análisis riguroso y exhaustivo, que dio lugar a los siguientes documentos:

1.1. Informe de la Inspectora Jefe del Grupo de Delincuencia Económica y Delitos tecnológicos del Cuerpo Nacional de Policía (agente núm. 85349), de fecha 27 de octubre de 2011, en el que se hace un estudio dichas facturas aportadas con relación a los convenios suscritos, y del que resulta acreditado que:

- No se ha presentado la totalidad de la documentación acreditativa de los gastos originados.

- Se han aportado facturas que nada tienen que ver con el objeto solicitado. - Diversas facturas son de fecha anterior a la firma de los convenios.

- El Informe adjunta diversa documentación acreditativa de las indagaciones realizadas por la Policía en relación con las empresas y personas que aparecen como emisoras de las facturas, de la que se desprende el ingente número de "facturas cruzadas" entre empresas del entramado Nóos que no se corresponden, por tanto, a ningún servicio contratado a terceros.

1.2.- Informe de la Unidad de Apoyo a la Intervención General del Estado, de fecha 26 de enero de 2012- elaborado por los funcionarios NUMHAP 12838 y 08289, Jefe y Subjefe de la Unidad de Apoyo- de Análisis de Costes de los Convenios del Instituto Nóos con la Fundació Illesport, obrante a los folios 2331 a 2406 de la Pieza Separada 25. En dicho informe se concluye que no pueden imputarse costes a los Convenios mediante-Facturas anteriores a la suscripción de los convenios.

- Facturas que no se corresponden con el objeto de los convenios.

- Facturas correspondientes al Valencia Summit y no a los Foros celebrados en Palma

- Facturas no contabilizadas.

1. La documentación aportada, nuevamente por la defensa del acusado D. Diego Torres Pérez, en fecha 17 de junio de 2013, (obra a los folios 18381 a 18618 de la pieza 25) y en fecha 8 de julio de 2013 (folios 20261 a 20705), consistente en diversas facturas, cuyo análisis detenido se realizó por esta acusación y de cuyo texto y confrontación con las pruebas personales practicadas en el acto del juicio resulta acreditado que:

- El acusado cambia en sus listados el concepto real que aparece en las facturas. Basta su lectura.

- Diversas facturas van referidas a gastos generales de funcionamiento del Instituto Nóos, como si esta entidad no se hubiera dedicado a otras actividades y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears viniera obligada a sufragar la subsistencia del Instituto Nóos, en general.

- Facturas que no han supuesto un coste real para el Instituto Nóos, sino que, al contrario, responden al pago que también recibieron los acusados por parte de los patrocinadores privados (Sol Meliá, Air Europa, Toyota o Europcar) y que, por imperativo de los convenios, debían haber descontado.

- Facturas cruzadas entre empresas del Grupo Nóos, que se ha probado en la causa que no obedecían a servicios reales.

Los correos de 16 de enero de 2006 y de 26 de enero de 2006, que adjuntan unas tablas elaboradas desde el Instituto Nóos y remitidas a la gestoría de los hermanos Tejeiro para controlar el cruce de facturas, y que las ganancias entre los dos socios, los acusados D. Ignacio Urdangarín y D. Diego Torres, eran equitativas".

Y acaba extrayendo conclusiones:

"La forma en que razona la Sentencia recurrida sobre la carga de la prueba en relación con la justificación del destino de los fondos es tan tajante y apodíctica que, además de la protestada indefensión en que deja a esta acusación particular y que se ha denunciado en el primer motivo de este recurso, da lugar a interpretaciones incompatibles con la lógica, dicho sea con todos los respetos y en términos de defensa, y parece responder a haber asumido las tesis de la defensa del acusado D. Diego Torres, cuya interesada confusión respecto a la documental privada que presentó no debe favorecer, en ningún caso, a quien la ha ocasionado, demostrando únicamente un voluntarismo a la hora de la pretendida justificación del destino de los caudales públicos que entendemos que, por errónea e ilógica, no puede ser la base de la absolución por el delito de malversación continuada en relación a todos los pagos que se hicieron bajo el paraguas de los Convenios Illes Balears Forum del 2005 y del 2006. Queremos recordar que, como tiene declarado la Sala a la que nos dirigimos, en la ponderación o evaluación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos y las manifestaciones de peritos) la revisión o el control de la casación ha de centrarse en el análisis de la estructura racional del discurso 749/2011, de 22-6 ; 813/2012, de 17-10 ; 62/2013, de 29-1 ; 617/2013, de 3-7 ; y 881/2013, de 20-11).valorativo de la Audiencia (entre otras muchas, SSTS 227/2007, de 15-3 ; 893/2007, de 3-10 ; 778/2007, de 9-10 ; 56/2009, de 3- 2 ; 264/2009, de 12-3 ; 901/2009, de 24-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1104/2010, de 29-11) ;

Los errores en la valoración de la prueba señalados motivan que no se haya condenado, como pedía esta acusación, además de por el delito de prevaricación, por el de malversación de caudales públicos, por lo que solicitamos que se declare cometido el error facti*, de lo que se derivará el* error iuris *de no haber aplicado correctamente el artículo 432 del Código penal en cuanto al delito de malversación*".

Otra vez salta a la vista, como destaca el dictamen del Ministerio Público, la imposible armonización de este razonamiento con el art. 849.2º LECrim. Ni son documentos literosuficientes, ni se puede confirmar con su simple examen que el delito se cometió. El razonamiento se queja del excesivo crédito otorgado a unas manifestaciones de un acusado. Esa observación, por sí sola, hace cuartearse todo el edificio argumental: es la constatación de que concurre prueba personal contradictoria.

El discurso argumental está plagado de afirmaciones del tipo de "estos documentos demuestran… que no han demostrado" o "…que no consta…". Formulaciones de ese o parecido tenor ponen de manifiesto la endeblez procesal del motivo y su apartamiento de la configuración legal del art. 849.2: se exige demostrar, no mostrar que no se ha demostrado.

Confunde la impugnante el ámbito y posibilidades argumentales que ofrece el cauce casacional en que nos encontramos. Algunas alegaciones encontrarían mejor acomodo en la vía prevista en el art. 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional por deficiencias en la motivación, o por valoración irracional de la prueba (como formato: no estamos insinuando en absoluto que por esa vía hubiese podido tener otro destino el motivo). Pero la recurrente acude al art. 849.2 LECrim y pretende una segunda sentencia directamente condenatoria por parte del Tribunal Supremo sin haber presenciado la prueba, sin haber oído a los acusados y sin ni siquiera contar con documentos fehacientes que lleven de forma inexorable a esa conclusión sin ningún obstáculo probatorio en su camino surgido de otras declaraciones o manifestaciones o pruebas. Es inviable esa pretensión.

El reformateo del motivo ajustándolo al art. 852 LECrim solo podría desembocar (y no hay razones para llegar a esa conclusión) en la nulidad de

la sentencia imposible de decretar en tanto no hay petición en ese sentido por esta parte (art. 240.2 LOPJ).

DUODÉCIMO. - A estas razones, de por sí definitivas para hacer encallar el motivo se unen otras ya anunciadas y antes desarrolladas derivadas de la doctrina del TEDH y TC reseñada. También esa doctrina ha repercutido en los contornos del art. 849.2 LECrim, haciéndolos aún más angostos que los que se derivan de su propia literalidad.

En los primeros desarrollos en nuestro ordenamiento de esa doctrina nacida en Estrasburgo se admitía la revocación cuando se trataba de una nueva valoración fundada en prueba documental (art. 849.2 LECrim en sede de casación); o cuando, respetando los hechos, se realizaba una nueva deducción o inferencia (STC 60/2008, de 26 de mayo).

Hace años que han claudicado esas dos excepciones.

En la actualidad puede afirmase de forma tajante –y así se deduce de algunos precedentes antes transcritos- que no es posible en casación a través del art. 849.2º LECrim mutar una absolución (incluso parcial) en una condena.

La STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto *García Hernández* c. *España;* demanda 15256/07) es bien expresiva.

Teniendo como telón de fondo esas coordenadas, el ya referido acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 sentó como criterio la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. Ese acuerdo indirectamente suponía privar de viabilidad al art. 849.2º cuando se blande para reclamar una condena *ex novo* o una agravación *contra reo* apoyándose en una valoración fáctica que se quiere contrarrestar con documentos. (STS 70/2014, de 3 de febrero).

Con extensión estudia este tema la STS 146/2014, de 14 de febrero:

"El motivo de casación previsto en el art. 849.2º-*error facti*-, permite casar la sentencia de instancia "*cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*". En su formulación legal es indiferente que la sentencia de instancia sea absolutoria o condenatoria. La filosofía es que el Tribunal de casación se encuentra respecto de tal prueba –un documento- en condiciones idénticas a las del Tribunal de instancia. Si existe prueba personal contradictoria con la documental la situación varía: los jueces de casación carecen de inmediación frente a tal prueba y por tanto no pueden sopesar los resultados de la documental en contraposición, por ejemplo, a una testifical.

(…)

¿Es posible en casación a través del art. 849.2º transmutar una absolución en una condena?

Hasta fechas muy recientes no se había suscitado duda alguna al respecto cuando concurrían los requisitos legales y jurisprudenciales que se han esbozado. Pero si se quiere guardar fidelidad a la doctrina de Estrasburgo hay que modular mucho esas facultades que permiten a la Sala de casación, sin inmediación, reconstruir la base fáctica provocando una condena sin oír al acusado que niega su culpabilidad. Habitualmente el examen de los documentos invocados no es inequívoco y exige algo más como unas inferencias o deducciones en las que no sobran las explicaciones que pueda ofrecer el acusado. En ese aspecto este caso es singular pues el documento no es contradicho por el recurrente.

Una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 LECrim Particularmente significativa es la sentencia de 16 de noviembre de 2010 (asunto *García Hernández* c. *España*). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal Europeo existió violación del artículo 6.1 del Convenio.

En nuestra práctica judicial no se había cuestionado abiertamente la capacidad del art. 849.2º de actuar como palanca para mutar en condena una absolución hasta el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012. Se consagra en él la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. El camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional, solo cabe implantarlo en apelación; pero no en la casación. Con esa decisión esta Sala Segunda ha reducido drásticamente la viabilidad del art. 849.2º contra sentencias absolutorias. La doctrina del TEDH no deja ninguna otra puerta abierta. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos.

La anterior en pocas semanas STS 976/2013, de 30 diciembre ya llegaba a esa conclusión**:**

"El examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim, tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia –decíamos en nuestra STS 91/2013, 1 de febrero- no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Inicialmente fueron las exigencias derivadas del principio de inmediación las que llevaron a rechazar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que no se habían desarrollado las pruebas personales pudiera valorar éstas para neutralizar el fallo absolutorio, sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena (STC 142/2011, de 26 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 213/2007, de 8 de octubre; 64/2008, de 26 de mayo; 115/2008, de 29 de septiembre; 49/2009, de 23 de febrero; 120/2009, de 18 de mayo; 184/2009, de 7 de septiembre; 215/2009, de 30 de noviembre y 127/2010, de 29 de noviembre). Otras resoluciones han completado esa línea argumental, acentuando la necesidad de excluir cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la CE), que podrían verse afectados si quien ha resultado absuelto en la instancia es luego condenado en virtud de un recurso que no prevé su audiencia o si los medios de prueba personales valorados en la instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4). Y la jurisprudencia del TEDH añade en su análisis –como recuerda la STC 45/2011, de 11 de abril- que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Ilisescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27 y 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31), entre otras).

Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. ***La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto,***

que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. STC 201/2012, 12 de noviembre; 21/2009, 20 de abril y 29/2008, de 20 de febrero, entre otras). *Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.*

A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim.

En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del factum permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

*Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim, esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "…demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten "…contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario****. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales –aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio".***

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración

racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".

Ante una discrepancia fáctica con la valoración probatoria de la instancia, aunque la base sea un documento literosuficiente no se admite el dictado de una sentencia condenatoria *ex novo.*

Cabe idealmente reenfocar esa petición hacia metas diferentes. Se ha insinuado antes. No puede esta Sala *ex novo* dictar una segunda sentencia condenatoria; pero sí está facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, para anular la sentencia y devolver el examen al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento que puede haber pasado inadvertido.

Sobre esto puntualizaba la ya citada STS 976/2013:

Ese tipo de salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim, amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero en el estado actual de esta cuestión, de asentamiento todavía incierto y sujeto a avances y vaivenes continuos y avatares y matizaciones, sería irritantemente formalista aducir razones de "etiquetaje" casacional para no entrar en el fondo, cuando el recurso se ajusta a lo que es la exégesis natural y lógica de la ley, que ha imperado en la jurisprudencia nacional, hasta que ha llegado desde fuera de nuestras fronteras esa necesidad de acomodación todavía no culminada. Pero estamos en condiciones ya de proclamar que un recurso basado en el art. 849.2º LECrim *contra reo* solo normalmente podrá llevar a la anulación de la sentencia y no al dictado de segunda sentencia. Debería prosperar tal motivo cuando el error en la valoración del documento constituya algo más que una mera discrepancia. Ha de ser una arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. De esa forma los motivos *contra reo* canalizables por la vía del art. 849.2º vienen en cierta medida a confundirse con un motivo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva y cobijado en el art 852. Es aventurado generalizar absolutamente cerrando el paso a toda excepción (v.gr., el error en la percepción de la hoja penal). Pero como premisa general sí pueden sentarse tales conclusiones.

En una u otra vía (art. 849.2º ó art. 852) la respuesta habrá de ser la misma: anulación de la sentencia y reenvío al Tribunal de instancia; no pronunciar una segunda sentencia como hasta ahora imponía (con alguna excepción) la estimación de cualquier motivo por infracción de ley.

El Fiscal en su recurso no ha solicitado la anulación de la sentencia. Como impone la técnica casacional clásica, reclama el dictado de una sentencia condenatoria por este Tribunal. Ya hemos explicado por qué no es factible ese desenlace.

¿Podríamos reconducir su petición a la anulación y reenvío al Tribunal *a quo* en los términos que se han expuesto? Eso en un primer acercamiento supone desconocer el mandato legal recogido en el art. 240.2 LOPJ, que introdujo el legislador para minimizar respuestas dilatorias que no hayan sido solicitadas expresamente por una parte: "*En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".*

La anulación de unas actuaciones procesales en fase de recurso solo puede decretarse a instancia del recurrente (principal o, en su caso, adhesivo), salvo que se aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o vicio grave de la voluntad de los integrantes del órgano judicial causado por violencia o intimidación. Fuera de esos supuestos las partes mantienen en su poder las llaves de esa salida procesal. Si no las facilitan, la puerta permanecerá cerrada. No podrá accederse a la anulación, el Tribunal no puede acudir al expediente de la nulidad por iniciativa propia.

Ahora bien, esa disposición ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal o ritual. Cabe introducir dosis de flexibilidad. Será factible la nulidad cuando esa sea la consecuencia natural o inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad y formalmente los términos de la nulidad que materialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita (STS 299/2013, de 27 de febrero). Por eso, pese a la carencia de una solicitud formalizada del Fiscal en esa dirección, lo que viene explicado y justificado por los novedosos criterios que han variado los términos claros de la ley, no habría obstáculo en llegar a esa solución: tras el planteamiento del único recurrente late implícitamente esa petición: es necesario valorar esa prueba documental para un pronunciamiento acertado. Si no puede dictar éste el Tribunal de casación, deberá hacerlo el de instancia.

En tanto se asienta, rueda y consolida esa novedosa panorámica en materia de recursos contra sentencias absolutorias se impone cierta holgura en la aplicación del art. 240.2º LOPJ.

Será viable, así pues, (lo que supone en este ámbito reconducir esas situaciones al art. 852 y el derecho a la tutela judicial efectiva) el reenvío de la causa al Tribunal de origen cuando exista una vulneración de tal derecho fundamental: bien por haber pasado inadvertido el documento al Tribunal de instancia que no se percató de su presencia (hipótesis que no deja de ser plausible en este caso) y entonces deberá dictar nueva sentencia valorando esa prueba documental que no consideró; bien por haber resuelto de forma arbitraria, contradiciendo sin racionalidad lo que dice el documento; bien cuando haya omitido toda explicación sobre las razones por las que no confiere valor acreditativo al documento. Pero está vedado *contra reo* y sin una audiencia personal imponer nuestra valoración de la prueba documental por encima de la que haya efectuado el Tribunal de

instancia. Si no la ha valorado, o no ha razonado su discrepancia, la única solución procesal posible es el reenvío como se hace en la mayor parte de los motivos por quebrantamiento de forma y en algunos de los motivos por infracción de precepto constitucional".

Cinco años después ha de entenderse que ya está suficientemente implantada y experimentada esa doctrina y debe suponerse asimilada por actores habituales del proceso penal, por lo que no estamos habilitados para indagar en esa alternativa (eventual nulidad) por virtud de una supuesta implícita voluntad impugnativa. Incluso probablemente no interesa a la impugnante ese final que seguramente ha dejado deliberadamente al margen de su petición.

E insistimos otra vez. No explorar esa via significa solo eso; no explorarla. No hay indicio alguno *a priori* que permita pronosticar su hipotético éxito. Más bien, al contrario, más allá de que las discrepancias con la valoración probatoria puedan ser tan razonables como la misma valoración probatoria plasmada en la sentencia.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo segundo de esta recurrente se propone un objetivo compartido con el Fiscal (segundo motivo de su recurso): partiendo del hecho probado (art. 849.1º LECrim) pretende la condena de Jaume Matas, Ignacio Urdangarín y Diego Torres por malversación de caudales públicos (infracción que quedaría abrazada a través de la continuidad –art. 74 CP- con la acción por las que han sido condenados) en virtud de hechos relativos a la denominada "Oficina del Proyecto" y al Forum 2005 y 2006.

El motivo queda contestado con una remisión a la respuesta que se dio al recurso del Fiscal (fundamentos de derecho tercero y cuarto). La nueva valoración jurídica que reclama esta parte no puede hacerse sin una previa variación fáctica, imposible en casación.

En algún momento del razonamiento se desliza un *lapsus* que resulta significativo por lo que argumentamos sobre ese aspecto antes: al transcribir un fragmento del art. 432 habla de "consentir que otro *distraiga"* cuando el texto vigente era "consentir que otro *sustraiga".* No es cuestión de discutir ahora si la reformulación del delito de malversación en 2015 cubriría

supuestos como el ahora analizado, pero sí de reseñar claramente que el espejo con el que hay que contrastar la conducta es la redacción anterior del art. 432; no la vigente.

No puede prosperar un motivo canalizado por el art. 849.1º LECrim en el que se incluyen razonamientos sobre elementos de prueba, sobre las vehementes sospechas o dudas que despiertan algunas explicaciones, o que equipara falta de justificación (suficiente para la responsabilidad contable) con prueba inequívoca de la sustracción (que es lo que exige una condena penal).

El motivo es improsperable.

DÉCIMO CUARTO. - Un nuevo motivo (aunque presentado como submotivo complementario de un, ahora sí, motivo tercero) insta la modificación de los pronunciamientos sobre **responsabilidad civil** y lo hace denunciando infracción de los arts. 109 a 115 CP.

Se postula la declaración en sede penal de la nulidad de los Convenios IB Forum 2005 y 2006 y, en general, de todos los negocios jurídicos que se concluyeron entre los acusados Ignacio Urdangarín y Diego Torres por orden de Jaume Matas.

La pretensión, ya sostenida en la instancia, fue rechazada por la sentencia con el siguiente argumento:

"Por lo que respecta a la pretensión acusatoria concernida a la declaración de nulidad de los contratos administrativos celebrados, la Sala no obstante advertir su originaria ilicitud con relevancia penal, en tanto nacidos de la decisión unilateral previa de la autoridad, con omisión de las normas de procedimiento aplicables, no advera, de acuerdo con los argumentos que han venido exponiéndose a lo largo de la presente sentencia, que la contratación de tal modo realizada careciera de toda utilidad pública y no procurara un retorno positivo para la administración. El patrocinio del equipo ciclista y los eventos celebrados sobre turismo y deporte guardaban estrecha relación con la pretensión última que servía de justificación a su contratación, cual era, procurar la desestacionalización del turismo. Sus organizadores disponían de la cualificación necesaria para la consecución del fin último pretendido y, todos los asistentes coincidieron en señalar el exitoso resultado de los proyectos contratados. Por otra parte, los servicios convenidos fueron en su mayor parte

ejecutados de tal modo que, en una elevada proporción, la administración recibió la contraprestación pactada. En su consecuencia, la reversión de la contratación a un estadio inicial previo, mediante la declaración de nulidad de los contratos celebrados, provocaría como resultado, en el presente supuesto, que la Administración quedara liberada de las obligaciones que asumió, recuperando las cantidades invertidas en cada uno de los proyectos. Con el consiguiente perjuicio para los particulares quienes deberían soportar en exclusiva el coste de los eventos celebrados. Las circunstancias aquí advertidas revelan una imposibilidad absoluta de retornar al estado de cosas anterior a la celebración de los contratos, debiendo resolverse el perjuicio real sufrido por la Administración a través de la responsabilidad civil que declaramos concurrente, concernida a las prestaciones convenidas que, según ha resultado acreditado, no fueron realmente ejecutadas o a los servicios cuyo pago no correspondía a la administración"

Por su parte el Ministerio Fiscal argumenta de esta forma:

"No puede compartirse plenamente la argumentación expuesta por la Sala de instancia. En todo caso, la nulidad de los contratos no afectaría a los terceros que hubieran intervenido, es decir a aquellos servicios subcontratados, respecto de los que los acusados mantendrían su plena responsabilidad. Por otra parte, cabría diferenciar entre la Administración y las personas físicas, autoridad o funcionario que actuaron con absoluta dejación de las obligaciones que competen a su gestión y defensa de los intereses, caudales públicos.

Sin embargo, se entiende oportuno acudir a la doctrina fijada por la Sala Tercera de este Tribunal y a los pronunciamientos realizados en torno a las consecuencias de los contratos celebrados por la Administración o entidades públicas, que sean declarados nulos por tener una causa ilícita. Es una premisa fundamental, en este sentido, que "no puede decirse que el contrato nulo por haberse prescindido totalmente del procedimiento tenga una total carencia de efectos; y debe evitarse que la Administración se beneficie de su propia torpeza y obtenga un enriquecimiento injusto". (STS 8-2-2007). Y centra la cuestión afirmando "(...) la indiscutible nulidad del contrato de prestación de servicios, el pronunciamiento judicial debe recaer sobre la procedencia de unos efectos reflejos de este contrato nulo, a saber, la indemnización por unas gestiones efectivamente prestadas por el actor y de las que el Ayuntamiento, de una manera u otra, se ha beneficiado". (...)

Se trata de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, como consecuencia de la declaración de nulidad, "Debe recordarse, como ya hizo la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2000 (casación 1933/1996), que en la doctrina es un lugar común entender que la teoría del enriquecimiento injusto , y el principio de Derecho que la sustenta, están admitidos en nuestro Código Civil , pues éste ha venido a recoger en su articulado las distintas manifestaciones que ya el Derecho Romano reconoció. Así, la *"condictio ob turpem o iniustam causa",* representada por las adquisiciones con causa contraria a Derecho, se considera presente en los arts. 1255 y 1306; y el tipo genérico de la "condictio sine causa" se suele decir que se encuentra en multitud de preceptos (en los arts. 361 y 383, entre otros). (STS, Sala Tercera 7-2-2013).

Doctrina del enriquecimiento injusto y la jurisprudencia, que tiene acomodo, según el recurso, en los artículos 3.1, párrafo primero, de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJ/PAC) y 1258 del Código Civil.

En este sentido "Acoge la nulidad radical que denunció el Ayuntamiento por la ausencia total de los trámites necesarios para la adjudicación y formalización, pero señala que sus efectos no pueden beneficiar a dicho ente local y que las consecuencias de la situación así creada, en que una parte ha cumplido sus prestaciones, permiten apoyar el título de pedir en la doctrina del enriquecimiento injusto. (STS Sala Tercera de 22-6-2004).

También tiene declarado la Sala Tercera de este Tribunal que "además seria dudoso que resultara aplicable lo dispuesto en el Código Civil, que en su artículo 1303 reconoce el derecho a la restitución del precio con intereses en los casos de nulidad de una obligación, pues el precepto citado salva lo que se establece en los artículos siguientes y ciertamente la causa torpe que dio lugar a la nulidad del contrato supone la existencia de culpa por parte de ambos contratantes, siendo obvia la culpa de la Administración y debiendo apreciarse que también incurrió en dicha culpa la empresa contratista, una de las más conocidas y acreditadas del sector, que realizó las obras complementarias a sabiendas de que esa realización a manera de complemento era nula de pleno derecho" (STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 24-10-2005).

La aplicación de esta doctrina respalda la tesis de la Sala de instancia al entender que los servicios se prestaron y hubo un retorno para la Administración. Estimando que la nulidad de la contratación y la vuelta a la situación previa que conlleva la declaración de nulidad de los contratos, daría lugar a "que la Administración quedara liberada de las obligaciones que asumió, recuperando las cantidades invertidas en cada uno de los proyectos". En definitiva, la fundamentación del rechazo de la pretensión no es otra que entender que la nulidad conllevaría un enriquecimiento injusto. Su conformidad con la doctrina de este Tribunal determina la imposibilidad de acoger la pretensión".

DÉCIMO QUINTO. - La recurrente apela al ensanchamiento jurisprudencial del concepto de *restitución* que manejan los arts. 110 y 112 CP para canalizar por ahí su petición. Es claro que el articulado del CP está pensando en la devolución de objetos sustraídos, arrebatados o indebidamente apropiados, en la acepción más literal y común del verbo *restituir*. Pero también lo es que se abrió paso en la jurisprudencia de ésta Sala una concepción amplia que reconduce a ese concepto las medidas tendentes a la *restauración* del orden alterado por el delito, un concepto un tanto evanescente pero que inspira e impregna muchos pronunciamientos de esta Sala y permite soluciones que parecen de lógica aplastante y de equidad indiscutible. Esa inteligencia ha permitido decidir en el proceso

penal acciones típicamente civiles (como la rescisoria) como consecuencia de delitos de alzamiento de bienes.

Con esa base la Comunidad Autónoma de Baleares reclama la nulidad de todos los convenios y negocios que constituyen el fruto de acciones catalogadas como delitos de prevaricación. Invoca, de un lado, los arts. 1303 y ss del Código Civil; y, de otro, la legislación administrativa que declara nulos los actos que sean constitutivos de delito (art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común hoy sustituida por otra que, en la materia que aquí interesa, no introduce modificaciones relevantes y es fiel trasunto de la legislación previgente).

En tres niveles distintos podemos analizar esta petición. En todos la conclusión final repele la pretensión de esta parte. A las razones que ahora siguen podrían unirse con matices despreciables los argumentos que recogen tanto la sentencia como el dictamen del Fiscal impugnando este recurso y que, en esencia, se comparten.

A) Primeramente se invocan los arts. 1303 y ss del Código Civil recordando la regulación de la nulidad de los contratos. Cuando *existe una causa torpe común a ambas partes* no nace acción de reclamación entre ellas. Cuando una de las partes es una persona jurídica, en este caso una persona jurídico-pública, no queda vacunada frente a esta previsión. Si quien actúa en su nombre y legítima representación actúa de forma dolosa o fraudulenta, tal actitud a estos efectos se hace predicable de la persona a la que representa, lo que no significa obviamente que ésta no pueda exigirle las correspondientes responsabilidades y reclamarle lo que proceda. Pero no puede acogerse a la regla pensada para los casos en que el delito concurre solo de parte de uno de los contratantes (art. 1305 Código Civil). La Administración (entidades mercantiles públicas o fundaciones de igual naturaleza) no puede desentenderse y sentirse liberada de la actuación de quienes la representaban legítimamente o inmunizada frente a esa previsión legal. Hay un error en el punto de partida del razonamiento: los contratantes no son Diego Torres, Ignacio Urdangarín y Jaume Matas. Los contratantes

son las sociedades de aquéllos (Aizoon, Noos…) con las empresas o fundaciones públicas. Al igual que se predica de Noos mala fe o culpa de su parte por cuanto quienes actuaban en su nombre lo hacían de esa forma; también a las entidades públicas es proyectable el dolo, negligencia o desidia de quienes actuaban en su representación. En las personas jurídicas existe dolo o mala fe cuando esos elementos están presentes en quienes actúan por ellas. Esto es elemental en el plano civil. En otro caso jamás a una persona jurídica se le podría achacar civilmente culpa, dolo o negligencia. Sin perjuicio de las relaciones internas entre Administración (o empresa pública o fundación) y funcionario o autoridad que actuaba en su nombre –que permitirán a aquélla reclamar frente a estos todos los perjuicios ocasionados, aunque en un proceso diferente- la representada ha de cargar con las consecuencias de la acción de quien la representaba.

B) De ahí, en otro orden de consideraciones, podemos deducir que en la esfera de actos que ahora examinamos (delitos de prevaricación) la posición de la Administración es más parificable a la de un responsable civil subsidiario o tercero responsable civil que a la de un perjudicado en sentido propio. Desde esa perspectiva carece de legitimación para peticiones de esta naturaleza, que podrá realizar en otro ámbito o haciendo uso de su facultad de autotutela. La prevaricación la han cometido dependientes de la Comunidad Autónoma actuando en el ejercicio sus cargos. Si se pidiese la nulidad por un perjudicado habría de pedirla precisamente frente a la Comunidad, o en su caso frente a las personas jurídicas que hicieron los contratos (que no siempre se identifican con la Comunidad Autónoma: Fundación Illesport y empresa IBATUR). A esos efectos la Administración está legitimada pasiva pero no activamente. Su posición *mutatis mutandi* es asimilable a la descrita en la STS 105/2018, de 1 de marzo que analiza también un problema de legitimación activa remitiendo a la entidad (se trataba de un Banco responsable civil) al proceso civil correspondiente para repetir frente a los responsables penales. El delito de prevaricación se comete por personas que actúan por definición como dependientes de una Administración (art. 120.4 y 121 CP).

C) Pasemos al último nivel de los tres anunciados. Tiene singular interés. No hay duda de las irregularidades producidas desde el punto de vista legal llevadas a cabo: han provocado una condena por delito continuado de prevaricación. Igualmente –no es preciso ahora indagar sobre ello- probablemente acompañe la razón a esta recurrente en la exposición que efectúa de la legislación mercantil y en la falta de acomodo a sus moldes de las formas jurídicas adoptadas y su contenido, así como las vulneraciones de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de septiembre, que la impugnante rememora, declara la nulidad de los actos de la Administración que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ellos. Y los arts. 61, 62 y 66 del Texto refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública del año 2000 (RD Legislativo 2/2000, de 10 de junio) contenían disposiciones paralelas.

Encontramos por tanto también sustento en la normativa administrativa para abocar a la declaración de nulidad de los contratos.

Esas normas han sido sustituidas por otras de contenido sustancialmente igual. Es indiferente a estos efectos argumentar con unas que con otras (vid art. 47. 1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho… d) los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta).*

Punto de partida básico es una realidad procesal: nuestro ordenamiento empodera al juez penal para resolver determinadas consecuencias civiles derivadas de un delito; aunque no todas. Solo aquellas que están ligadas directamente a la comisión del delito, que son consecuencia de él; y siempre que exista un título legal habilitante que atribuya esa competencia al juez penal. No cualquier efecto extrapenal conectado con el delito se puede ventilar en el proceso penal. Las pretensiones no penales (civiles, laborales, administrativas) vinculadas al delito tienen cabida en el proceso penal tan solo cuando una ley confíe su conocimiento al orden jurisdiccional penal.

Lo hacen así con carácter general los arts. 100 y 108 LECrim puestos en relación con el art. 110 CP, y, *sensu contrario*, art. 109.2 CP. Pero no es así siempre. Hay acciones civiles enlazables con el hecho delictivo que no pueden ejercitarse en el proceso penal bien por faltar título legal habilitante para que la jurisdicción penal atraiga esa competencia (v. gr., la declaración de nulidad de un matrimonio: vid. STS 60/2000, de 17 de enero); bien por existir una previsión legal que lo excepcione (con muchos matices derivados de una praxis no siempre uniforme y la jurisprudencia de esta Sala, legislación del Tribunal de Cuentas: arts 18.2 LOTCu y 49 de la Ley 7/1998, de 5 de abril de funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Un ejemplo claro de ello que ilustra sobre este argumento viene representado por: la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de mal funcionamiento de la Administración cuando se ha cometido un delito. No puede canalizarse una reclamación de esa naturaleza a través del proceso penal. Ninguna ley atribuye al juez penal esa competencia: Así lo expone, entre otras, la STS 780/2003, de 21 de mayo: "*Debe quedar deslindada la responsabilidad civil derivada de una actuación más o menos negligente en el desempeño de las funciones por parte de personas dependientes del Estado, de la responsabilidad civil subsidiaria dimanante de delito. Esta última tiene su origen, presupuesto y razón en la comisión de un delito.*

Por otro lado, ***tampoco debemos confundir la interpretación flexible y progresista a la hora de exigir responsabilidades al Estado, acorde con la creciente objetivación de la causa generadora de la misma, por una parte y el cauce procesal adecuado para exigirlo, por otra. La flexibilidad en la aplicación de los criterios de*** **culpa in vigilando o in eligendo*****, apuntando a una responsabilidad de orden cuasi-objetivo, no significa que tal flexibilidad interpretativa debamos extenderla al cauce procedimental a través del cual debe exigirse****.*

Tampoco cabe poner en entredicho que los principios que deben regir la responsabilidad civil subsidiaria, dimanante de delito, sean los del orden civil, salvo especiales precisiones legales en la normativa penal.

(…) Es evidente que tales aspectos, necesarios para responsabilizar al Estado, sólo pueden ser objeto de un proceso "ad hoc", sin que quepa dilucidarlos en el proceso penal que, insistimos, sólo atiende a la comisión constatada de un delito, al ámbito de la actividad en el que se comete y la dependencia del delincuente a la empresa o entidad por cuya cuenta o en beneficio de la cual se desarrolla esa actividad.

Los perjudicados, ante una posible insolvencia del responsable civil directo o ante la inexistencia o insuficiencia de una reparación civil, prevista legalmente para víctimas de delitos violentos (Ley 35/1995, de 11 de diciembre), deberán tener reservadas y expeditas

las demás vías procesales, que permitan a los familiares de la víctima resarcirse de las indemnizaciones que les correspondan".

Es dable ciertamente dirigir una petición resarcitoria al Estado por hechos delictivos dolosos cometidos por un tercero ajeno a la Administración cuando se detecta en ella una acción u omisión relevante causalmente respecto del resultado (SSTS 12 de mayo de 1999 y 1164/2001, de 18 de junio o SSTS -Sala Tercera- de 16 de diciembre de 1997 o 25 de mayo de 2000). Son prototípicos los supuestos de delito cometido por un interno mientras disfruta de un permiso penitenciario (concedido bien por la Administración Penitenciaria, bien por el Juzgado de Vigilancia o la Audiencia -esta última resolviendo un recurso-); o de penado que ha sido progresado a tercer grado o al último de libertad condicional.

Pero tal responsabilidad patrimonial, cuando estamos ante hechos que por ser constitutivos de delito dan lugar a un procedimiento penal, no puede reclamarse en tal marco procesal. En el proceso penal es exigible la responsabilidad penal del Estado cuando está basada en supuestos previstos en el CP (art. 121 singularmente); pero no cuando se trate de otras causas (v. gr., reclamación apoyada en la Ley de Ayudas a las víctimas de delitos dolosos). En el proceso penal no son ejercitables reclamaciones patrimoniales, resarcitorias, o restauradoras basadas en legislación extrapenal. Así se infiere del art. 615 LECrim. El proceso penal, solo es idóneo para decidir las acciones civiles dimanantes de delito que aparecen regidas por el Código Penal.

Por tanto, solo cuando se trata de responsabilidad civil nacida directamente del delito y reglamentada en el Código Penal (art. 1092 del Código Civil) se ventila en el proceso penal. Cuando la reclamación se fundamenta en legislación extrapenal, aunque surja de hechos delictivos, no es ejercitable en principio en el proceso penal, salvo previsiones expresas, que no faltan, y supuestos en que se imponga una aplicación analógica prudente y fundada.

Con estas ideas preliminares, incluido el excurso realizado destinado a ejemplificar, estamos en condiciones de encarar la otra línea argumentativa

seguida en el recurso: habría una nulidad basada en la legislación administrativa.

Puede admitirse esa nulidad como posibilidad en abstracto, sin prejuzgar ahora sobre ello. Son actuaciones administrativas, al menos en alguna vertiente, que han sido calificadas de delictivas por la jurisdicción competente: la penal. Pero de ahí no se deriva inexorablemente que la jurisdicción penal esté habilitada para extraer de su decisión consecuencias en el orden administrativo. Y, mucho menos, que pueda hacerlo a instancia de la propia Administración que frente a esa petición goza de legitimación pasiva, pero no activa.

Hay supuestos en que la legislación confía a la jurisdicción penal ese tipo de pronunciamientos. Un ejemplo significado es la demolición en los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319 CP). Otras veces, aun no existiendo una norma específica, esta Sala ha entrado a declarar la nulidad. La STS 531/2013, de 5 de junio proporciona un buen ejemplo:

"*La tesis de la parte recurrente es que la Audiencia no podía anular en la sentencia la sanción administrativa impuesta a José Antonio Rodríguez con base en el boletín de denuncia extendido por el acusado, ya que esa anulación sería competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no de la Jurisdicción Penal.*

La cuestión que se suscita ha sido examinada por esta Sala en la sentencia de 18 de enero de 1994. En ese proceso un Ayuntamiento impugnó la nulidad acordada por el Tribunal de instancia con respecto a varias licencias de construcción que habían sido concedidas mediante acuerdos municipales por cuya autoría fueron condenados algunos de los acusados por un delito de prevaricación.

Pues bien, al inicio de esa sentencia de casación se afirma que un acto administrativo nulo de pleno derecho, sometido a examen en la jurisdicción penal, si realmente lo es, tiene que ser así declarado, pues, en otro caso, se daría el absurdo de que, frente a una decisión judicial penal declarando un acto administrativo como constitutivo de prevaricación, es decir, de un delito, el acto seguiría produciendo, a pesar de ello, efectos frente a todos.

Y más adelante, al examinar el recurso del Ayuntamiento que había expedido las licencias, esta Sala argumentó que los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva. El art. 3 LECr. declara que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente

imposible su separación. El Tribunal de instancia, a estos efectos, hubo de situarse, de ello no cabe duda, en la posición del Juez contencioso-administrativo —prosigue diciendo la referida sentencia de esta Sala— a fin de precisar qué grado de desviación se había producido entre el ordenamiento jurídico relativo al Urbanismo y las resoluciones administrativas correspondientes, y, convencido de la profunda disociación entre aquel y estas, declaró que se había producido un delito continuado de prevaricación y, en consecuencia, la nulidad de tales acuerdos. Se trata de actos nulos de pleno derecho, conforme al art. 47.1º bis LPA, entonces vigente, solución conforme con la vigente Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo art. 62.1º d) establece la nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta (una remisión a la teoría general de la ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión, es obligada en este momento).

Y acaba afirmando la precitada sentencia de 1994 que, de no declararse la nulidad, podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos (vid. art. 117.3º CE).

Por consiguiente, considera esta Sala que cuando se trata de examinar la posible ilicitud penal de un acto administrativo la competencia es exclusiva de la jurisdicción penal; no solo por supuesto para la aplicación de la norma punitiva sino también para las cuestiones de carácter jurídico-administrativo que han de determinar en alguna medida la apreciación del tipo penal (art. 10 LOPJ). Y ello no se extiende solo a la apreciación de los requisitos del delito sino también a las consecuencias que la condena penal ha de generar en los efectos de los actos administrativos integrantes de la conducta delictiva, toda vez que el art. 62.1.d) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 (Ley 30/1992), declara nulos de pleno derecho "los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta".

En el caso que se juzga es claro que al haber sido impuesta la sanción administrativa en virtud de un boletín de denuncia cuya confección integra un delito de falsedad en documento oficial, resulta incuestionable que el acto de la denuncia es nulo por ser delictivo y la sanción administrativa impuesta también deviene nula al ser una consecuencia directa del delito".

Sin embargo, cuando se han hecho pronunciamientos en ese sentido ha sido a instancia del administrado perjudicado por el acto; nunca a remolque de la propia Administración que cuenta con mecanismos de auto tutela que solo a ella corresponde activar (vid. art. 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común equivalente al antiguo art. 102 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: entre los supuestos de revisión de oficio de los actos de las Administraciones públicas se encuentra ese).

La Administración no puede acudir al proceso penal a impetrar la nulidad de un acto dictado por ella misma. Será parte pasiva cuando esa nulidad sea reclamada por el administrado.

De cualquier forma, no es del todo pacífico que la competencia del orden jurisdiccional penal pueda extenderse a esa cuestión. No siempre podrá afirmarse. Lo revela alguna jurisprudencia clásica y el debate doctrinal mantenido al respecto, que pervive. No siempre podrá anular el acto, como no puede una sentencia penal condenatoria por estafa procesal anular la sentencia que sirvió de instrumento al estafador, sentencia que puede provenir de un órgano superior en la escala judicial al llamado a conocer de la estafa. Cabrá luego –eso sí- un recurso de revisión (art. 954 LECrim).

Y es premisa que no admite excepciones la falta de legitimación en el proceso penal de la propia Administración para enarbolar esa reclamación camuflada bajo el anómalo rótulo de ***responsabilidad civil nacida de delito*** en el que ella, quien jurídicamente dictó el acto, sería la perjudicada.

El examen de algunas de las causales del recurso extraordinario de revisión (art. 125.1.d) Ley 39/2015) muestra que lo ordinario será que tras la decisión de la jurisdicción penal se activen los correspondientes mecanismos para extraer las consecuencias que procedan a nivel administrativo, consecuencias que ordinariamente –a veces sí- no pueden ser zanjadas por la jurisdicción penal. Las excepciones –que existen como se ha visto- exigen como presupuesto la instancia de parte legitimada activamente en relación con ese concreto delito. Cuando se trata de la nulidad de un acto administrativo la legitimación corresponde en este ámbito penal no a la Administración sino al administrado afectado.

Una vieja sentencia, cuya doctrina puede considerarse en alguna parte vigente, confirma esta visión. Se trata de la STS de 24 de enero de 1974 de la Sala de lo Contencioso de este Tribunal. El procedimiento contencioso administrativo se había suspendido para dar lugar a un pronunciamiento de la jurisdicción penal que plasmó en una sentencia de esta Sala de lo penal a

todos los miembros de una corporación municipal por delito de cohecho (recepción de joyas) con ocasión de un concurso para adjudicar el servicio de autobuses urbanos. Reanudado el procedimiento, la Sala 4ª de este Tribunal denegó la nulidad de los actos administrativos afirmando que no constaba que la adjudicación "fuese movida en ningún aspecto por el regalo ni por su promesa; de modo que, sin perjuicio de la clara ejemplaridad de la Sentencia dictada, no consta en modo alguno que haya hilo conductor probado de que el ánimo de los sancionados (*animus menendi*) esté en relación con los actos administrativos, ni puede apreciarse, sin incierto y temerario juicio, que existiera una relación directa entre la voluntad de adjudicación a través de los actos administrativos y el delito y que éste fuera causa eficiente de la eliminación de obstáculos competitivos, con lo que se hace imposible, en buena lógica, emparentar la relación de causalidad para conducirla hacia una posible radical nulidad de los actos administrativos (ni a una desviación de poder) basada en la condena de los funcionarios… de modo que el hecho de una condena por los hechos de la aceptación de un regalo, en circunstancias especiales aun cuando éstos sean delictivos, tal como la Sentencia (penal) aprecia, no puede arrastrar a la consecuencia de que estén viciados de nulidad los actos administrativos anteriores".

La suspensión del proceso administrativo en tanto se dilucidase la cuestión penal, -sigue diciendo la Sentencia-, *no constituye una definición de necesaria vinculación refleja*, pues la única declaración de prejudicialidad fija es la cautelar suspensión del proceso, cauce materializado del actuar jurisdiccional hasta que se despeje una incógnita que puede tener o no influencia decisoria".

Una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional clásicos (por todos, STC 102/1996, de 11 de junio), por otra parte, desautorizaron una interpretación del hoy derogado art. 62.1.d) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común que lo concibiese como hipotética remisión en blanco de la ley administrativa a la sentencia penal.

La falta de justificación de los fondos empleados, por su parte, puede dar lugar a acciones por responsabilidad contable a ventilar también en otro orden jurisdiccional. Pero no es acción que pueda ser dilucidada en el proceso penal cuando la condena se ciñe al delito de prevaricación (distinto es el caso de la condena por un delito de malversación y sin perjuicio de las especialidades que al respecto se contienen en la legislación específica del Tribunal de Cuentas).

Nótese finalmente como el art. 3 LECrim habla de la competencia del Juez penal para conocer de cuestiones de orden administrativo *a los solos efectos de la represión*. Podrá decidir también sobre el fondo a otros posibles efectos no penales cuando una norma le atribuya esa competencia específica. No en casos distintos.

Procede la desestimación de este motivo.

C) <u>Recurso de la Abogacía del Estado.</u>

DÉCIMO SEXTO. - La Abogacía del Estado articula su recurso mediante un solitario motivo por infracción de ley del art. 849.1º LECrim. Versa lógicamente sobre la única materia en que goza de legitimación en este proceso penal: los delitos contra la hacienda pública en los que figura como perjudicado el erario público estatal.

El motivo, aunque se presenta con un inequívoco formato jurídico -*error iuris* -(invocándose la normativa tributaria que disciplina el impuesto sobre la renta de las personas físicas), contiene una vertiente más fáctica que jurídica: se detecta un error en la forma en que la Sala de instancia asigna unos gastos que consideró deducibles en contra del criterio que venían sosteniendo tanto esta acusación como la pública. La discrepancia sobre la condición de gasto deducible no es traída a casación; se acata expresamente la decisión del Tribunal. Pero a la hora de imputar ese gasto la Abogacía del Estado identifica una equivocación que puede deducirse de la misma sentencia y en particular de su relato fáctico. Aunque los gastos corresponden a una sociedad que ninguna relación guardaba ya con Ignacio Urdangarín, se distribuyen proporcionalmente entre éste y Diego Torres, siendo así que debía ser en exclusiva gasto de este último.

No le falta razón a la Abogacía del Estado cuando apunta que el error, que parece un l*apsus*, y más que una diferencia de criterio jurídico o de valoración probatoria, era susceptible de ser corregido a través de los remedios específicos contemplados tanto en el art. 161 LECrim como el art. 267 LOPJ. De cualquier forma, habiendo fracasado esa vía intentada con

carácter previo, lo que podría ser un desliz adquiere el rango de criterio asumido y refrendado por la Audiencia que solo podrá ser *tumbado* mediante el correspondiente recurso tal y como efectúa ahora la Abogacía del Estado.

Si el hecho probado no recoge entre las sociedades que facturaban a la entidad Aizoon S.L. (que canalizaba los ingresos de Ignacio Urdangarín) a Lobby Comunicación, no es congruente que deduzca las facturas de tal entidad en la liquidación por IRPF que hace a tal acusado. Es verdad que a esos efectos el hecho probado no es totalmente autosuficiente: debe ser completado con algunas afirmaciones fácticas extraídas de los fundamentos de derecho, lo que parece estar repelido por el art. 849.1º LECrim.

Es conocido y antes nos referimos a ello, como esta Sala aceptaba el valor complementario de las afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica. Podrían hacerse valer como añadido o aclaración del hecho probado: un error de sistemática no podía abocar a la drástica consecuencia de tener por no probado lo que la Sala de forma inequívoca había considerado acreditado.

También es conocido como esa tradicional jurisprudencia ha sido objeto de profunda modulación en los últimos años. Subsiste esa posibilidad cuando el contenido fáctico de la fundamentación milita en favor del reo (porque allí está la base fáctica de una atenuante, por ejemplo, no plasmada sin embargo en el *factum).* Pero *contra reo* solo se admite excepcionalmente en casos en que palmariamente ese defecto de ubicación en la sentencia sea evidente, no pueda llamar de ninguna forma a confusión, y no genere ni siquiera una sombra de indefensión.

A esas excepciones pueden añadirse, dada la naturaleza de la acción, las aseveraciones que, careciendo de relevancia en el ámbito penal, puedan incidir en la responsabilidad civil (en un sentido amplio: aspectos no estrictamente penales). La rigidez del sistema, impuesta por las exigentes garantías que han de rodear el ejercicio de la acción penal, tolera en lo que son aspectos puramente civiles mayor flexibilidad.

La sentencia en el cuarto de los fundamentos de derecho justifica por qué considera deducibles como gastos los importes de 296.666,66 euros (2007) y 96.666 euros (2008) facturados por Lobby Comunicación S.L. Al extraer las consecuencias tributarias de esa divergencia en la perspectiva probatoria en relación a la tomada en consideración por la Abogacía del Estado y los peritos de la Agencia Tributaria, la Audiencia realiza las correspondientes correcciones en las liquidaciones de Ignacio Urdangarín y Diego Torres en los ejercicios en que la cuota supera los 120.000 euros (correctivos que resultan de lo dispuesto en los arts. 15, 16, 27, 28 y 30 de la Ley sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas 35/2006, de 28 de noviembre). Pero yerra, separándose del hecho probado, al repartir entre ambos esos gastos deducibles, en cuanto que desde 2007, según proclama el Tribunal, ambos socios, ahora recurrentes, se repartían no los ingresos sino los clientes. Y el hecho probado afirma de forma paladina que en los gastos deducidos por Aizoon SL en su impuesto de sociedades no aparecen relacionados desembolsos derivados del normal desempeño de la actividad de asesoría.

La sentencia, que asume de manera explícita, salvo en los particulares en que expresamente justifica su apartamiento, los criterios fijados por la pericial; imputa, sin embargo, este gasto en una proporción del cincuenta por ciento a ambos contribuyentes acusados. Nadie discutió (y así se recoge implícitamente en el hecho probado) que Lobby Comunicación solo facturó para empresas cuando eran controladas en exclusiva por Diego Torres. De hecho –razona el recurso- Ignacio Urdangarín no incluye dichas facturas en sus declaraciones (folios 16243 y 16251).

Quizás hubiera sido deseable, como parece haber intentado inicialmente la Abogacía del Estado, acompañar el motivo por infracción de ley del art. 849.1º de otro instrumental por *error facti* del art. 849.2º LECrim señalando los documentos que va citando en su informe impugnatorio. Se comprende que no lo hiciese finalmente porque, en efecto, no parece que estemos ante un problema de valoración errónea sino más bien ante un desliz, disculpable por tratarse de materia árida y compleja en que es fácil perder el hilo conductor. Más tratándose de un aspecto muy puntual de una

temática mucho más compleja. La sucesión de situaciones y empresas y sociedades facilitaba la confusión.

De cualquier forma, al movernos en lo relevante exclusivamente a efectos de indemnizaciones (y no directamente en los aspectos penales: después precisaremos esto) puede operarse con más elasticidad sin hacer de hechos probados y fundamentación jurídica dos compartimentos estancos de imposible comunicación (al modo de las jurisdicciones no penales).

El error puede ser corregido, así pues, en el sentido de excluir tales gastos de las liquidaciones de Ignacio Urdangarín lo que provocará un incremento de la base imponible y, como secuela, de la cuota no abonada; y disminuir proporcionalmente (el otro cincuenta por ciento de la facturación repartida entre ambos) en las liquidaciones realizadas a Diego Torres cuyas sociedades (Noos) soportaron esos gastos deducibles en la estimación, no cuestionada en casación, de las jueces *a quibus*.

El cálculo realizado por la Abogacía del Estado es íntegramente aceptable.

Extrayendo ese gasto deducible de las liquidaciones de los dos ejercicios afectantes a Ignacio Urdangarín han de corregirse las cifras que figuran en la sentencia como cuotas defraudadas. Serán en 2007, 174.575,07 euros; y en 2008, 152.350,69 Euros.

De este recálculo no se deriva inexorablemente una repercusión en los aspectos penales de la sentencia. Las penas efectivamente impuestas se acomodan también a las nuevas cifras.

Sin embargo, no siendo ineludible, sí que sería posible anudar a esas nuevas cuantías alguna consecuencia en los aspectos penales. La Abogacía del Estado lo reclama expresamente. En concreto solicita:

a) Un incremento de la pena de multa: si la Sala estableció como criterio el doble de la cuota defraudada, la multa debiera ser elevada para ir al duplo de la cifra que resulta tras ese ajuste.

b) Las penas privativas de libertad también deberían ser revisadas al alza puesto que la conducta es más grave al ser mayor la cuota defraudada.

Pese a la estimación del motivo rechazaremos esas dos pretensiones accesorias por varios órdenes de razones.

Primeramente, porque la reconstrucción realizada en casación del hecho probado (algo de ello hay por cuanto estamos consignando como cuota defraudada cifras distintas de las que figuran en el *factum,* aunque sea sobre la base de lo que se afirma en la fundamentación jurídica) puede admitirse con las cautelas y condicionantes que hemos visto; es decir, sin escrúpulos cuando es en favor del reo y, también, en cuanto afecte solo a aspectos civiles o económicos. Pero se torna más dificultosa si de ella queremos extraer una consecuencia penalmente relevante *contra reo* que agrave su condena.

Esa diferente forma de operar según se trate de fiscalizar en vía de recurso un tema extrapenal o una cuestión penal viene reconocida por nuestra jurisprudencia. La acción civil no pierde su naturaleza y régimen por el hecho de ejercitarse en el seno de un procedimiento penal. En esta línea, se viene afirmando que las limitaciones para agravar la condena en fase de recurso antes extensamente expuestas, no rigen para las acciones civiles que dimanan del delito. La STS 639/2017, de 28 de septiembre, lo precisa así haciéndose eco de algún pronunciamiento anterior: "*A partir de la jurisprudencia constitucional, tributaria de la del Tribunal de Estrasburgo, sobre la imposibilidad de modificar los hechos probados contra reo en vía de recurso si el órgano ad quem no percibe por sí directamente la prueba que se quiere hacer valer (lo que sería exigencia tanto del principio de inmediación, como en alguna medida también del derecho de defensa), la operatividad del artículo 849.2 para ser blandido en casación por las acusaciones ha quedado muy mermada. Ni consiente la casación una audiencia directa de los acusados; ni existe habilitación legal para la reproducción de pruebas. La conclusión, ya*

afirmada en varias ocasiones por la jurisprudencia, es que una sentencia absolutoria no podrá ser convertida en condenatoria en casación (ni una condenatoria agravada) por razones probatorias (artículo 849.2 LECrim). A lo más, podría llegarse a la anulación de la sentencia basada en la arbitrariedad de la valoración de la prueba.

Podríamos en una primera aproximación entender que nos hallamos ante tal supuesto: la acusación invoca el artículo 849.2 para lograr una mutación del hecho probado que empeora la situación de los acusados. Sin embargo, hay un matiz importante que nos permitirá sortear esta objeción que de hecho es sugerida como tal óbice en el informe del Fiscal. La modificación del hecho probado tiene repercusión básicamente en los aspectos civiles de la condena. Al moverse en una dimensión estrictamente civil, sin trascendencia alguna en el plano sustantivo de derecho penal, no rige esa rigurosa doctrina. Ya se ha realizado tal afirmación en alguna jurisprudencia reciente (STS 184/2017 de 23 de marzo). Los aspectos puramente civiles de la sentencia quedan al margen de esa consolidada y conocida jurisprudencia nacional y supranacional. Saltan a la vista las razones de ello en cuanto se profundiza en los fundamentos de esas limitaciones. Baste recordar ahora que la acción civil dimanante de delito no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal: es materia civil. No tendría sentido que si fuese reservada por el titular para un procedimiento civil ulterior los condicionantes de un eventual recurso se rigiesen por principios estructurales opuestos o, al menos, divergentes en puntos esenciales. La distinta vía procesal no altera la naturaleza de la pretensión.

Por tanto: no hay inconveniente para, a través del artículo 849.2 de la Ley procesal y siempre que se respeten todas las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en contra del reo si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal".

La STEDH (asunto *Sardon Alviva* contra España) de 24 de septiembre de 2013 respalda estas consideraciones: se refiere precisamente a un supuesto de condena en virtud del art. 122 CP. Proclama que el art. 6 CEDH tiene repercusiones diferenciables en cuanto a los aspectos penales y civiles de un proceso.

No hay, así pues, óbice, para acoger la pretensión de la Abogacía del Estado en su vertiente puramente civil. Pero las derivaciones penales sí generan dificultades no superables. No podemos trasladar las consecuencias de esa revisión con igual facilidad y sin condicionantes al campo penal.

En cuanto a la multa parece lo más prudente y correcto no proyectar ninguna consecuencia de la estimación en el plano punitivo. La multa,

quedando como está, se mueve en la horquilla legalmente establecida: en una proporción a caballo entre el tanto (que sería el mínimo) y el duplo.

En otro orden de cosas y a mayor abundamiento no concurren razones relevantes para derivar del aumento, más bien ligero, de la cuota defraudada una elevación de la pena privativa de libertad que fue impuesta en su mínimo. Los repertorios de jurisprudencia muestran cómo ese mínimo es pena manejada con relativa habitualidad para infracciones penales tributarias que no superan el doble de la cifra establecida como frontera separadora de la infracción administrativa y la penal. En este caso militan además en pro de esa individualización otras razones que son tomadas en consideración por la Sala (consignación de lo adeudado para hacer frente a las responsabilidades pecuniarias) para no agravar la respuesta penal. Se apreció la circunstancia atenuante de reparación del daño.

En el reverso de la moneda, hay que revisar, esta vez a la baja, la liquidación efectuada respecto de Diego Torres en relación al ejercicio de 2007, único por el que ha sido condenado. Conforme a los cálculos efectuados en el escrito de la Abogada del Estado, que se asumen, se fija en la cuantía de 258.413,95 euros y no los 344.768,62 euros que sienta la sentencia.

Respecto de este otro afectado, sin embargo, la Abogacía del Estado no reclama una disminución de las penas.

En lo que son consecuencias *pro reo* no operan los impedimentos antes señalados. Nada se opone a rebajar la multa fijada para acomodarla al triplo de la cuantía que es lo que consideró procedente el Tribunal *a quo*.

No entendemos relevante esa reducción de la cuota defraudada, que todavía se sitúa por encima del doble de la cantidad que representa invadir el Código Penal, para revisar la pena privativa de libertad establecida por la Audiencia –dos años de prisión- por estos hechos. A diferencia del otro condenado, no se ha hecho éste merecedor de atenuante alguna.

Es reseñable que la cantidad defraudada por el otro condenado en dos ejercicios (que da lugar a dos penas de un año), no es desmesuradamente superior a la defraudada por éste en un único ejercicio (una pena de dos años). Si se tiene en cuenta que en un caso se aprecia una atenuante y en el otro no, no parece que la cuantía deba ser tan determinante como para establecer diferencias que, a la postre, se diluyen parcialmente: al primero se le imponen dos penas de un año; al segundo una pena de dos años. Al primero se le atribuyen dos delitos, pero con una cantidad total defraudada no muy superior y una atenuante. En el segundo, concurriendo un único delito, no aparece atenuante alguna y la pena no excede de la mitad inferior.

En cuanto a las dos personas declaradas responsables civiles a título lucrativo –los respectivos cónyuges- a las que alcanzaría este motivo de mantenerles tal condición, como se verá, carecerá de trascendencia al acogerse un motivo posterior.

Se **estima**, así pues, **parcialmente el recurso de la Abogacía del Estado**.

D) <u>Recurso del Sindicato Manos Limpias (Acusación Popular).</u>

DÉCIMO SÉPTIMO. - La Acusación popular anunció un único motivo en su escrito de preparación. En fase de formalización lo desdobla articulando dos: la bifurcación es solo formal. En realidad, se trata de una única pretensión impugnatoria en la que postula la expulsión de la sentencia de instancia del pronunciamiento sobre costas relativo a la condena a esta parte al abono de las causadas a la acusada absuelta en los aspectos penales, Cristina Federica de Borbón y Grecia.

El motivo se anunciaba por infracción de Ley del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida de los arts. 123 y 124 CP, en relación con el art. 240 LECrim, añadiéndose "*e indebida aplicación de la jurisprudencia en materia de imposición de costas*". Ahora se dedica un primer motivo al examen de la cuestión desde la perspectiva estrictamente legal; y un segundo motivo a su

análisis desde la jurisprudencia. Es una escisión artificiosa e improcedente: estamos ante un único motivo. Así ha sido tratado por las partes recurridas.

La recurrida impugna el recurso para el caso de ser admitido, como lo ha sido; pero simultáneamente opone óbices de admisibilidad específicos (no solapables con causales de desestimación por el fondo como serían las del art. 885 LECrim). Eso reclama una respuesta *ad hoc*. Su *ubi* procesal ha de ser éste, la sentencia. No otro aparece previsto en la tramitación legal de la casación (art. 893 LECrim). Toda alegación singularizable merece una contestación expresa que en este caso solo es posible en la sentencia. No en vano las causas de inadmisibilidad en fase de decisión son apreciables como fundamento de una desestimación sin resolver el fondo (STS 863/2014, de 11 de diciembre). En esa línea argumentó en la vista esta acusación invocando algunas sentencias de esta Sala para dedicar parte de su informe oral a rechazar las objeciones de inadmisibilidad que a su recurso oponían otras partes.

En este estricto orden de cosas (inadmisión por causas extramuros del art. 885) la defensa se quejaba por la ausencia en el recurso formalizado tanto del ***breve extracto*** que ha de preceder cada motivo como exige la Ley (art. 874 LECrim), como de sus ***fundamentos legales y doctrinales***. Tales omisiones serían reconducibles a la causa de inadmisión del art. 884.4 LECrim por inobservancia de los requisitos legales previstos para su preparación.

Tales infracciones formales carecen de entidad para determinar la inadmisibilidad de un recurso.

No puede decirse, de una parte, que el motivo no plasme sus fundamentos legales y doctrinales: se destacan en mayúscula y tipografía enfatizada.

Es verdad, ciertamente, que se omite el breve extracto exigido en el art. 874 LECrim. También, que algunas menciones iniciales del recurso resultan harto confusas (*motivos de la contraparte -¿?-*; *recurso extraordinario por*

infracción procesal; error en la apreciación de la prueba), y sencillamente ininteligibles. No ha pasado eso inadvertido a la mirada lógicamente puntillosa de la defensa que llama la atención de este Tribunal sobre ello.

Ninguno de esos defectos es determinante de una inadmisión.

No hay que minusvalorar las exigencias formales de la casación (consignación de un sintético resumen que compendie la petición; congruencia entre la preparación y la formalización; debida separación de motivos…). Obedecen a razones fundadas. No son meras trabas nacidas del capricho de un legislador obsesionado con establecer obstáculos al justiciable, carentes de sentido. Esa visión chocaría con el principio *pro actione* (art. 11.3 LOPJ). Pero en un recurso extraordinario como es la casación esas exigencias formales pueden encontrar mayor espacio, siempre –obviamente- que aparezcan vinculadas a fines materiales.

Esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre). Ha de reseñarse, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera acorde con las exigencias del Convenio un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto *Mohr* v. Luxemburgo; y Decisión de igual fecha recaída en el asunto *De Virgilis* v. Italia o STEDH de 8 de diciembre de 2016, *Fride LLC v. Ucrania*). No sobra, por ello, alentar a los profesionales a extremar el esfuerzo por ajustarse a tales previsiones legales pues responden a rectas finalidades. La flexibilidad que impone el derecho de acceso a los tribunales y el *favor actionis* no pueden convertirse en estímulo o coartada de una actitud de desprecio o desdén frente a esos requisitos.

El **breve extracto**, en concreto, es algo más que una cuestión de estilo o de orden. Permite identificar con claridad y precisión qué es lo que se solicita en cada motivo y el porqué de la reclamación. Eso robustece el principio de contradicción y facilita la labor del Tribunal a la hora de construir una respuesta congruente con la petición del impugnante. La omisión de ese requisito “formal” abona un terreno más propicio para la confusión, para

entremezclar razones y motivaciones muy diferentes enhebradas de forma desordenada que, a veces, cuesta identificar, desentrañar o sistematizar, con el consiguiente padecimiento del principio de contradicción y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Puede aprovecharse la denuncia de la recurrida para, haciendo pedagogía forense, reivindicar la vigencia de esos requisitos legales. Ahora bien, su conculcación no puede dar lugar a una inadmisión de plano. A lo sumo cabría recabar la subsanación confiriendo el correspondiente plazo prudencial, necesariamente breve, solo cuando el defecto puede provocar confusión o dificultades para identificar con nitidez la pretensión y argumentación del recurrente.

No sucede eso aquí. La omisión del breve extracto impuesto por la ley no oscurece en nada ni el cristalino pedimento de la entidad recurrente ni los argumentos en que se basa. La mejor prueba de ello son los escritos de impugnación de defensa y Ministerio Fiscal elaborados con precisión y ricos en argumentos que saben detectar los puntos débiles de la argumentación de la acusación popular y los contrarrestan cumplidamente. No padece lo más mínimo el principio de contradicción, ni se detecta atisbo alguno de una posible indefensión fruto de esa deficiencia: es bien simple y concreta la petición impugnatoria de la parte. Y son claros y están perfectamente dibujados sus argumentos.

Sería excesivo anudar a esos defectos una respuesta de inadmisión (vid. SSTEDH de 8 de diciembre de 2016, *Frides LLC, v. Ucrania* y 12 de julio de 2016, asunto *Reichman v. Francia*) que recuerdan la necesidad de mantener un equilibrio entre los formalismos excesivos que lesionan la equidad del proceso y una flexibilidad sin límites que supondría una perniciosa eliminación de exigencias legales inherentes a los procesos).

Deben servir estas observaciones para dar por contestadas, aunque sea por remisión implícita a estas consideraciones, otras alegaciones de algunas partes recurridas que discurren por iguales derroteros instando la inadmisión de algunos recursos por cuestiones similares (en particular es

esto apreciable en relación al todavía no examinado recurso adhesivo de la Generalitat de Valencia).

Hay que refrendar ahora la decisión de admisión tomada en su momento, lo que nos lleva a afrontar el fondo del motivo.

DÉCIMO OCTAVO. - La **condena en costas a una acusación** nunca vulnerará los arts. 123 y 124 CP que se limitan a regular la imposición de las costas al responsable penal.

Para encontrar los criterios rectores de la condena en costas de una acusación hay que bucear fuera del Código Penal; hay que acudir al art. 240 LECrim. Esta evidencia permitiría cuestionar si estamos ante un tema de derecho penal sustantivo o ante una cuestión puramente procesal y, como secuela de ello, si es dable traer a casación una queja por tal temática basándose en el art. 849.1º LECrim.

No haremos ahora cuestión de ello: es práctica inveterada de esta Sala abordar en casación el debate sobre la procedencia de la condena en costas de una acusación revisando si han sido aplicadas con acierto las pautas plasmadas en el art. 240.3º LECrim. Precisamente por ello no ha de regir en esta materia la dependencia respecto del hecho probado que disciplina el recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim. Las valoraciones sobre la condena en costas de una acusación no tienen cabida en el hecho probado que solo ha de recoger los hechos relevantes penalmente.

Mala fe y temeridad constituyen el presupuesto alternativo de esa condena en costas. Son dos conceptos muy valorativos y elásticos. Han de ser interpretados con mesura pero, desde luego, con estándares mucho más laxos que los de la presunción de inocencia que rige una condena penal (*certeza más allá de toda duda razonable):* lo que está en juego no es la imposición de una pena a un ciudadano, que exige ese alto nivel de certeza, sino un tema económico: quién carga con los gastos del proceso cuando el acusado ha sido absuelto.

Si la absolución constituye el reconocimiento de que no había motivos para condenar, parece natural, en un primer acercamiento, que no deba cargar el acusado con esos gastos.

El equilibrio entre esa reflexión y la necesidad de no desalentar o poner trabas desmedidas al ejercicio de la acción penal pública (ya sean perjudicados o terceros: acusación particular y popular según esas dos modalidades) ha llevado al legislador a una solución de compromiso: cada parte ha de correr con sus gastos en los supuestos de absolución, salvo que se detecte mala fe o temeridad en la acusación.

No hay un concepto diferente de mala fe o temeridad según el acusador sea el perjudicado por el delito (acusación particular) o un tercero (acusación popular); pero ciertamente la condición de afectado directo comporta un subjetivismo al que será difícil sustraerse y una visión necesariamente parcial, por definición (no otra cosa puede esperarse de quien se siente víctima de una acción) que pueden influir en la concreción *in casu* de esos dos conceptos. A una acusación popular le es exigible mayor objetividad, aunque obviamente no la neutralidad o imparcialidad que sí adornan la actuación del Ministerio Fiscal.

Otra advertencia preliminar: en el cuerpo de su recurso el Sindicato Manos Limpias solo pide que se deje sin efecto la condena al abono de las costas causadas a la defensa de Cristina Federica de Borbón y Grecia. Para nada alude a las otras costas que viene obligada a pagar (aunque no en un porcentaje total). Solo podemos analizar esa cuestión y no otras no expresamente argumentadas ni, por tanto, reclamadas. El detalle es accesorio, pero, al propio tiempo, se revela como un indicio más que parece confirmar una posición y estrategia procesal de la recurrente que aparenta estar focalizada con una cierta fijación, en esa concreta parte pasiva del proceso. Da la sensación de que su interés decae, se diluye, disminuye o llega a desaparecer cuando son otras las partes afectadas o implicadas. Solo así se encuentra explicación plausible al hecho de que no se queje por su condena al abono de otras costas, respecto de las que, además, en

principio contaría con más razones a su favor (esa otra parte fue acusada también por el Fiscal). Quizás es otra la razón de esa omisión (¿un olvido?); pero el dato es significativo.

¿Contaba la Sala con razones suficientes para esa condena en costas?

Tras razonar de manera pulcra que no es suficiente con una divergencia con la acusación pública para que proceda ese tipo de condena; que se necesita una petición expresa de la parte afectada (principio de rogación); que no rige el principio del vencimiento objetivo, sino que es preciso motivar ese pronunciamiento; y que la legitimación de esta parte para sostener la acusación fue bendecida por los Tribunales competentes pese a las dudas que se cernían sobre tal punto, se exponen estos argumentos:

"Por lo que respecta a la condena de la misma acusación solicitada por la defensa de Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, debemos comenzar por precisar que, la pretensión acusatoria sostenida por la acusación popular, se cimentó en los argumentos emanados de las resoluciones dictadas por esta Audiencia, mantenidos durante la fase instructora e intermedia del presente procedimiento. Esto es, la pretensión acusatoria sostenida a lo largo de la presente causa por la acusación popular no se apartó de la línea argumental antedicha y, en tal sentido, su posicionamiento procesal no puede calificarse como temerario, perturbador o abusivo. Tampoco puede sustentarse tal consideración en la circunstancia de que el Ministerio Fiscal mantuviera un criterio discrepante respecto de tal pretensión acusatoria. Ello, no obstante, el desarrollo de la prueba plenaria permitió a la parte acusadora advertir la debilidad del sustento probatorio que amparaba la pretensión acusatoria relativa al ilícito penal, de tal modo que, tuvo la oportunidad de conducirse con arreglo al mismo- capacidad de la que, por otra parte, dispuso respecto de otras pretensiones acusatorias postuladas, a las que renunció en el trámite de conclusiones definitivas-. Y, en tal sentido, sí advertimos un claro componente perturbador al mantener la acusación con una petición de pena de 8 años de prisión, la máxima legal, prescindiendo por completo del resultado de la prueba plenaria que, a nuestro juicio, justifica la condena a satisfacer las costas del juicio devengadas a la acusada absuelta de dicha pretensión acusatoria".

Que el Ministerio Fiscal no haya formulado acusación, en posición procesal plenamente congruente con sus funciones constitucionales, no convierte automáticamente en temerarias otras acusaciones, particulares o populares. Es esta, ciertamente, una premisa básica.

Frente a las razones de la Audiencia la recurrente aduce en primer lugar que se produjo una condena como responsable civil de tal parte, y que en ese extremo su intervención fue relevante.

El argumento no puede ser aceptado desde ningún punto de vista: la acusación popular no ostenta nunca legitimación para ejercitar la acción civil dimanante de un delito; por principio. Por tanto, esas peticiones en su boca eran improcedentes. No hubiesen servido para esa condena si otras partes sí legitimadas no hubiesen realizado esa petición. No solo era innecesario, sino, además, improcedente.

Hace notar el Fiscal en la impugnación a este recurso, esa petición de condena como responsable civil fue realizada por el Ministerio Público ya en su escrito de acusación. Es también circunstancia que debilita el argumento aducido.

Por otra parte, se disculpa la recurrente por no estar en condiciones de exponer razones de mayor peso y de fondo aludiendo a una supuesta *estampida de la Abogada* (por utilizar su misma expresión). El argumento despierta perplejidad. Carece de cualquier relevancia procesal: es un problema de relaciones internas entre cliente y letrado que no puede ser utilizado para que deban darse por suficientes las *suposiciones* de la parte, no revestidas de datos que dice no conocer con detalle por esa renuncia de la dirección letrada. Esos desajustes o desavenencias entre dirección letrada y parte material no pueden redundar en perjuicio de las partes pasivas, como excusa de la anorexia argumentativa.

Hay numerosos elementos que avalan la decisión de la Audiencia en este particular y que justifican que ahora haya de ser refrendada.

Algunos indicios hacen pensar que la estrategia procesal de esta parte en relación a esta acusada estaba presidida no tanto ni principalmente (aunque probablemente también) por el legítimo propósito de convencer a un Tribunal de que esa condena era justa, trasladando a las Magistrados que lo

integraban la procedencia no solo de condenar sino, además, de fijar, en el máximo posible -cuatro años más cuatro años: ocho en total- la pena privativa de libertad por cada uno de los dos delitos contra la hacienda pública que se le achacaban, sino por consideraciones ligadas más bien a escenarios extraprocesales. No estamos facultados para reprobar las motivaciones de una acusación popular siempre que no sean contrarias a la ley; pero sí para tomarlas en consideración al decidir sobre aspectos como las costas. Se hace difícil pensar que un profesional del derecho considere que un delito contra la hacienda pública del que no se es autor, sino cooperador necesario y por cuantía no muy superior al monto de 120.000 euros (art. 305 CP) merezca ese máximo punitivo, despreciando sin razones especiales la posibilidad del art. 65.3 CP que permitiría rebasar por debajo el mínimo legal (horquilla entre 6 meses y 1 año menos 1 día), o minimizando el dato de que la cantidad adeudada ha sido íntegramente consignada. No es fácil asumir que la acusación popular estaba convencida de la intrínseca justicia de esa petición máxima de pena (a la vista de los arts. 305, 65.3 y 66 CP) y, menos aún, que hacía esa petición porque confiaba en convencer al Tribunal de lo ajustado de la misma. Da la impresión de que la mirada y la cabeza de esta parte no estaban solo en el foro, y en el proceso, sino en otros lugares, fuera de la Sala de Justicia; que lo que parecía importarle prioritariamente no era tanto coadyuvar a formar el criterio del Tribunal, que también, como cuestiones de índole no estrictamente procesal y con poco que ver con los intereses que tienen cabida en una Sala de justicia. No se entiende de otra forma ni su renuncia a una prueba pericial que constituía la pieza básica para mantener su acusación (arguyendo fútiles razones que a nadie convencen); ni que en este recurso de casación haya hecho dejación de todas sus facultades de argumentar y contra argumentar salvo en lo que atañe a este asunto puntual (condena en costas) y solo en cuanto afecta a esa parte (no la condena a otras costas).

Nada ha alegado frente a los recursos de casación de los condenados; ni ha vertido la más mínima consideración sobre los recursos de casación de otras partes cuyas peticiones apoyaba en la instancia.

Al margen de vicisitudes extraprocesales que no constan en autos y, por tanto, no pueden ser tomadas en consideración, se objetiva un absoluto desinterés una vez que esa parte pasiva ha sido puesta fuera de su objetivo. Ni siquiera le preocupa haber sido condenada a abonar la mitad de las costas de otra absuelta (Ana María Tejeiro). Solo impugna esta otra condena en costas.

La Audiencia contaba, así pues, con base suficiente para realizar ese pronunciamiento sobre costas: se aprecia en el comportamiento procesal de esta acusación, al menos en las últimas fases del proceso, una ausencia de prudencia (lo contrario de la temeridad) y de ponderación y una absoluta y aparentemente deliberada y preconcebida impermeabilidad a cualquier elemento que pudiera favorecer a quien acusaba en solitario. Su soledad acusadora exigía mayor responsabilidad y mesura. Resulta ajustado hacerla responder de las costas causadas a esa parte.

El recurso del Sindicato Manos Limpias ha de ser **desestimado.**

E) <u>Recurso adhesivo de la Generalitat de Valencia.</u>

DÉCIMO NOVENO.- La Abogacía General de la Generalitat Valenciana se personó como actor civil en el proceso en la instancia. En esa condición intervino, limitando en consecuencia su actuación a la reclamación por los perjuicios resarcibles causados a tal Administración autonómica como corresponde a ese papel procesal accesorio o secundario: una posición que queda supeditada a la proclamación de la responsabilidad penal (que ni reclamó ni podía reclamar pues no era parte penal).

En efecto, como es bien sabido, el conocimiento por la jurisdicción penal de cuestiones civiles es una competencia s*ecundum eventum litis*: solo si se trata de responsabilidad dimanante de delito se conoce de ella; es decir, solo cuando la pretensión penal es finalmente acogida afirmándose que estamos ante una conducta delictiva atribuible a una o varias personas que, por ello, deberán ser condenadas a las penas procedentes. No resuelta la pretensión punitiva, o resuelta negativamente (no hay condena penal) la

cuestión civil no se aborda. Si se produce una absolución penal por cualquier género de razones (falta de prueba, atipicidad…); o no se llega a decidir sobre la acción penal por otras causas (rebeldía; fallecimiento; prescripción…) la acción civil queda sin juzgar (a salvo lo dispuesto en el art. 116 LECrim). La jurisdicción penal pierde la competencia para conocer de ella.

Eso sucede aquí: los hechos relativos a la Comunidad de Valencia por los que esta administración autonómica reclamaba indemnización han merecido una respuesta absolutoria en lo penal. La cuestión civil queda en consecuencia imprejuzgada.

La calidad de actor civil condiciona absolutamente la posición y posibilidades de actuación de la parte no solo en la instancia, sino también en fase de recurso. Su impugnación ha de limitarse a los aspectos civiles que, a su vez, están supeditados a la consideración de los hechos como delictivos. Y sobre esto último esta parte no está legitimada para debatir: ha de aquietarse a lo que se resuelva y para el caso de que se estime que los hechos son delictivos, solo para ese caso, reclamar lo atinente a la acción civil. Pero en los aspectos penales debe permanecer a expensas del resultado de un debate al que no está *invitada.* Es un convidado de piedra, un mero observador silente. En la discusión de los temas penales carece de cualquier capacidad de alegar, argumentar y, menos aún, de impugnar. De los arts. 110 y 651.2 y 735 LECrim se desprende inequívocamente que el actor civil solo está habilitado para debatir sobre procedencia de indemnizaciones, reparaciones o restituciones y personas llamadas a asumir esos eventuales contenidos civiles derivados de una condena penal (art. 110 CP).

Por eso se hace si no imposible, sí tremendamente arduo, justificar la trasmutación de su posición que ensaya en vía de recurso. Eso seguramente explica que invierta varias páginas de su escrito en tratar de enmarcar jurídicamente su rol procesal en esta casación.

Primeramente, se adhiere a un recurso del Fiscal que solo estaba anunciado (es más que se formalizó en fechas posterior según observa uno de los recurridos) y cuyos términos concretos, por tanto, desconocía. Ignoraba si ese recurso finalmente iba a mantener la pretensión punitiva respecto de alguno o algunos en de los hechos de Valencia (aunque de la designación de documentos a efectos del art. 849.2º se podría intuir su inicial propósito de traer esos hechos a casación). Solo respecto de ellos ostenta legitimación esta parte. Es una anticipación precipitada y no justificada en cuanto existen otros momentos procesales hábiles para la adhesión en casación, (párrafo final del art. 861).

El problema nuclear no estriba en la posibilidad de *adhesión* enarbolando motivos propios no coincidentes con los del recurrente principal. En esa temática se entretiene básicamente este impugnante de manera innecesaria en cuanto que eso está ya admitido por la jurisprudencia de esta Sala que dio en esta cuestión un giro en 2005 con un acuerdo plenario que es invocado; giro, que luego se ha ido afianzando con el aval del Tribunal Constitucional y el empujón de alguna reforma legal que, aunque referida a otro tipo de procesos, representa la irrupción sin paliativos en el proceso penal de un concepto de la adhesión (recurso supeditado en la terminología de la ley del jurado) mucho más amplio del tradicionalmente mantenido por la Sala Segunda y más cercano y mimético a la noción de recurso adhesivo manejada en otros órdenes procesales.

No hay cuestión por ello. No radica ahí la dificultad, pese a que esta parte dedica buena parte de su argumentario a persuadirnos –no hace falta- de que es posible esa adhesión autónoma en cuanto a la pretensión y, por tanto, también, en cuanto a argumentos y peticiones.

La dificultad está en otro lugar: el problema estriba en que una parte activa exclusivamente civil, enarbole inequívocas pretensiones penales. No puede hacerlo; ni siquiera, aunque se limitase a respaldar o corroborar peticiones de partes sí legitimadas. Ni lo puede hacer en la instancia, ni, obviamente, puede hacerlo en casación (art. 854.2º LECrim): hay una continuidad esencial entre la posición en la instancia y la posición en fase de

recurso. Ni siquiera está habilitada para *complementar* las pretensiones penales de otras partes activas, como dice eufemísticamente en el suplico de su escrito de adhesión. No puede *acostarse* un día como actor civil en el Tribunal de las Islas para *amanecer* al día siguiente en esta Capital travestido de acusación particular.

En consecuencia, los cinco motivos autónomos que formaliza por vía *adhesiva* reclamando condenas penales han de tenerse por no puestos: debió ser inadmitida la adhesión (vid arts. 891 y 892 LECrim), al menos en esos cinco específicos motivos (solo el último –octavo en la numeración que sigue el escrito- se refiere a consecuencias estrictamente civiles).

Se le niega, sí, capacidad de argumentar para pedir que la absolución se convierta en una condena penal, pese a ser la única forma de abrir paso a las peticiones de orden civil que hace; pero es un silencio que se le impone no injustificada o caprichosamente. Es una autoimposición y no una imposición venida de fuera. Esa limitación es en realidad una autolimitación asumida deliberadamente cuando se personó: lo hizo solo en calidad de actor civil. Proclamó así formalmente que no tenía interés más que en esas cuestiones. Si las partes activas penales retiran la acusación o se aquietan con la absolución o no consiguen una condena, al actor civil solo le cabe (porque así lo quiso y asumió desde el momento en que se personó) acudir a un procedimiento civil para hacer valer sus reclamaciones, vía que tendrá abierta salvo el caso del art. 116.1 LECrim.

No puede convertirse en casación el actor civil en un acusador en un ejercicio de transformismo procesal que la ley no consiente, entre otras razones porque padecerían los derechos de los acusados. Esa mutación es extemporánea (art. 110 LECrim).

Su posición en casación está absolutamente subordinada a la de las partes acusadoras (en relación en este caso a esos hechos que le afectan, exclusivamente la acusación pública en casación). No en virtud de un entendimiento rígido de la adhesión ya superado; sino por la concepción indiscutida e indiscutible de lo que es un actor civil.

Solo cabría atender la petición que hace en el motivo sexto (enunciado como octavo). Es la única con contenido exclusivamente civil. Esa petición habría de resolverse solo en el caso de llegarse a una condena por esos hechos en virtud de la estimación de un motivo de una acusación (solo el Ministerio Fiscal formaliza esa pretensión). En otro caso esa pretensión queda implícitamente rechazada –o, más que rechazada, imprejuzgada- y diferida a otra jurisdicción: si no hay condena penal, decae la competencia de la jurisdicción penal para abordar aspectos civiles, que quedarán inevitablemente derivados a otro ámbito jurisdiccional.

Ni siquiera era en rigor necesario un motivo específico *preventivo* para reclamar las responsabilidades civiles para el caso de que se estimase en ese punto el recurso del Fiscal. La petición hecha en la instancia recobraría vigencia al tener que dictarse segunda sentencia, sin necesidad de articular un motivo específico para ello.

Por tanto, al haberse desestimado el motivo formalizado por el Ministerio Fiscal atinente a los hechos sucedidos relacionados con la Comunidad Valenciana nada hay que decir de la responsabilidad civil que reclamó esta parte. No podemos entrar en ella.

VIGÉSIMO.- Aún conscientes de que lo ortodoxo procesalmente sería poner punto final al examen de esta adhesión con las consideraciones vertidas sin decir nada más sobre el fondo, realizaremos unas muy sucintas referencias a los motivos planteados por esa vía nada anómala que es la adhesión procesal, pero sí de forma muy anómala desde el punto de vista subjetivo (un actor civil reclama condenas penales), para mostrar cómo tampoco ninguno de esos motivos hubiese podido variar el destino de la pretensión penal que el Ministerio Fiscal ha intentado defender, con brillantez pero sin éxito, en casación.

a) El argumento relativo al **principio de igualdad** (si se ha condenado por hechos idénticos sucedidos en otra Comunidad el principio de igualdad

exige la misma respuesta para los realizados en Valencia) carece de todo recorrido.

Cuando se trata de hechos distintos, respecto de los que se han practicado pruebas diferentes, llevados a cabo por personas en buen número no coincidentes, manejar el término *identidad* no es posible. Siempre será una hipérbole. Podrá hablarse de prueba semejante, de hechos similares, de actuaciones equiparables… Pero nunca de identidad. Esto parece obvio. Lo demuestra la contestación que se ha dado a la pretensión del Fiscal que se basa en argumentos diferenciables de los utilizados respecto de los hechos sucedidos en otras comunidades autónomas. Y lo demuestra la misma posición del Fiscal, dispar según cada episodio y comunidad, hasta el punto que excluye de su pretensión impugnatoria a dos de los implicados en esos hechos (Ignacio Urdangarín y Diego Torres) según se vio.

Cuando el Tribunal Constitucional ha esgrimido el principio de igualdad en relación a resoluciones judiciales, es porque detecta una irrazonada divergencia de criterio jurídico respecto de hechos que en lo jurídicamente relevante son idénticos. Además, esa jurisprudencia cuenta con múltiples matizaciones llenándose de perfiles, excepciones, y modulaciones. Hoy en buena parte tiene algo de reliquia. Ha quedado confinada a supuestos casi patológicos: cambio inmotivado y caprichoso por un mismo órgano jurisdiccional que no ha experimentado modificaciones en su composición de su criterio al resolver asuntos esencialmente iguales.

El Tribunal Constitucional, casi desde sus originarios pronunciamientos, excluyó de su capacidad de escrutinio desde el prisma del derecho a la igualdad la comparación de sentencias procedentes de órganos diferentes, así como de pronunciamientos diversos respecto de diferentes implicados por razones probatorias. La independencia judicial –sometimiento único a la ley y al derecho- no consentía otra dinámica (STC 64/1984).

Lo que afirmó el TC, tras muchas vueltas y revueltas, es que no era admisible constitucionalmente un *cambio de criterio* al aplicar una misma

norma a un caso idéntico, si no iba acompañado de una *fundamentación objetiva y razonable* (STC 25/1987). Lo que significa que con una motivación justificativa la lesión de la igualdad queda convalidada; no es ya tal. La operatividad de la doctrina queda confinada a los casos en que de forma arbitraria y sin justificación alguna un mismo tribunal o juez dice “blanco” donde unos días antes (o en la misma resolución) dice “negro”.

No es esa situación la que aquí se presenta. Son hechos diferentes en muchos puntos esenciales y por eso han merecido justificadas y razonadas respuestas diferentes.

Es más, como agudamente observó uno de los letrados de la defensa, el argumento de la igualdad es reversible: ¿por qué esa aspiración de igualdad quedará satisfecha con una condena similar a la producida por otros hechos que se dicen idénticos? ¿No quedaría también colmado el anhelo de igualdad llevando la absolución a los hechos supuestamente idénticos?

b) Todo el discurso, sobre la normativa administrativa, (motivo segundo: ordinal cuarto del escrito) hecho con profundidad y erudición e ilustrativas referencias legales, no hace tambalearse en nada los fundamentos de la absolución que se edifican más que sobre razones jurídicas (o no solo sobre ellas) en un tema de culpabilidad, como hemos comprobado y expuesto al resolver el recurso del Ministerio Público.

c) El art. 849.2º LECrim no puede hacerse valer para reclamar una condena en casación como ha quedado ya expresado. Menos aun cuando se deforma la arquitectura del art. 849.2 LECrim como resulta del razonamiento vertido en la alegación que se desarrolla en el ordinal quinto. Se arguye que la Audiencia ha conferido valor probatorio a algunos documentos que no lo tienen. Eso es un art. 849.2 *al revés,* por así decirlo. El art. 849.2 LECrim no sirve para argumentar que un documento ha sido valorado cuando no debiera haberlo sido por no ser consistente; sino para argumentar exactamente lo contrario: que lo que se deriva de forma indiscutible de un documento no ha sido tomado en consideración y se ha

resuelto en contradicción con el mismo. El art. 849.2º LECrim no es reversible. Es de alabar que la entidad recurrente haya intentado facilitar –lo que merece nuestra gratitud- la tarea del Tribunal de casación, transcribiendo pasajes de la causa y componiendo su escrito consignado en él los mismos documentos. Nos dispensa así de la engorrosa labor de buscarlos en una causa tan voluminosa. Podemos aprovechar esta observación para hacer otra disgresión, que es de justicia: el manejo de la muy voluminosa causa y toda su documentación, así como de las grabaciones en lo que ha sido conveniente o necesario, ha venido enormemente facilitado por la excelente labor realizada por las correspondientes oficinas judiciales, de la que es fruto una ordenada y esmerada digitalización, cuidadosamente indexada, que permite localizar con presteza cualquier documento o declaración cuando se hace aconsejable su consulta.

En cualquier caso y concluyendo el camino seguido por el recurrente, amén de no poder ser transitado por un actor civil al que le está vedado, es un camino a ninguna parte.

d) Por fin un motivo por error en la apreciación de la prueba combinado con otro por contradicción de los hechos probados es una mixtura de *error facti* y *error in iudicando* (arts. 849,2 y art. 851.1) de difícil maridaje.

Son por tanto acogibles en buena medida las fundadas objeciones que las partes recurridas han hecho valer frente a las pretensiones de la Abogacía de la Generalitat de Valencia. Algunas de esas objeciones vienen referidas a temas predominantemente formales (como la ausencia del breve extracto). Sobre esos puntos hemos de remitirnos a lo antes argumentado el analizar el recurso del Sindicato Manos Limpias.

F) Recurso de Ignacio Urdangarín.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Al cobijo del art. 851.1 LECrim se denuncia **contradicción** y se señalan hasta siete pasajes distintos –a) a g)- que darían lugar a ese vicio.

En rigor estaríamos ante siete motivos diferentes improcedentemente aglutinados en uno como consecuencia del mismo *cajón* casacional en que se ubican.

Se impone antes que nada recordar el clásico principio de separación de motivos que rige la casación y que no puede caer en el olvido: deriva del art. 874 LECrim. Era sistemáticamente reivindicado en la jurisprudencia tradicional, felizmente flexibilizada. El efecto irradiante del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE repelía una idolatría por lo burocrático que podía llevar a sacrificar en el altar de las formas la decisión material sobre pretensiones de fondo. La inexistencia de una apelación constituía otro dinamizador de esa relajación en casación de las exigencias formales.

Ahora bien, como hemos advertido ya en un pasaje anterior esa laudable supeditación de lo formal a lo material, no puede llevar a la actitud contraria, de displicencia y desprecio absoluto hacia el rigor técnico exigido por un recurso extraordinario como es la casación en que las pretensiones deben estar identificadas separadamente, sin solapamientos ni vasos comunicantes que pueden enturbiar la inteligencia de lo pedido y dificultar la contradicción. Menos al existir ya un recurso de apelación (aunque el periodo de transición hace que este asunto no haya podido acogerse a esa hace tiempo reclamada generalización de la segunda instancia). Sin perjuicio de orillar ahora este defecto –que en todo caso solo habría podido dar lugar a una invitación a la subsanación (art. 11 LOPJ y nunca a la inadmisión directa-, no sobra otra vez dirigir un llamamiento a la observancia de esos requisitos que, siendo de forma, están al servicio de valores materiales de primer orden (contradicción, exhaustividad de la respuesta judicial; tutela judicial efectiva) (vid. STS 1068/2012, de 13 de noviembre).

Veamos con relativa autonomía cada una de las quejas: en realidad ninguna guarda armonía con el motivo casacional –contradicción- utilizado.

En efecto, la contradicción consagrada como vicio casacional en el art. 851.1 LECrim es la interna de los propios hechos probados. Ha de ser detectable con la mera lectura de ese relato. Es la inmanente: la que se deriva del puro y simple examen del hecho probado por contener pasajes antitéticos entre sí.

Lo sintetiza muy bien el Fiscal en su impugnación acudiendo a la STS 35/2010, de 4 de febrero que nos servirá también aquí de marco de referencia:

"Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre sí, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos sí la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierta o crea advertirse entre el factum y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni

imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas".

a) Pues bien, en el apartado a) del desarrollo del motivo el recurrente se fija en dos pasajes del hecho probado referidos respectivamente a los hechos de Valencia y a los de Madrid que son paralelos, aunque no idénticos. Ambos refieren hechos negativos: que no ha quedado probado que el motivo de la contratación con las sociedades vinculadas a este recurrente fuese motivado en exclusiva por su posición institucional o que fuese alentada por el deseo de favorecerle por esas razones; sino que pudieron pesar razones objetivas de entender que los objetivos de promoción buscados se podían lograr por los concretos proyectos presentados. No se añade más.

Desde luego los dos pasajes ni analizados aisladamente, ni comparados el uno con el otro permiten hallar nada contradictorio: son congruentes.

El recurrente se abstiene de cualquier comentario adicional lo que obliga a soltar imaginación e intuición para identificar dónde va dirigida la queja (la falta de un breve extracto real –otra vez un defecto formal- nos priva de la necesaria guía). Dado que los pasajes se refieren a dos secuencias de hechos por las que ha recaído sentencia absolutoria (por tanto, no existiría gravamen) podría deducirse que quiere contraponer esas consideraciones no apodícticas sino dubitativas (*no está acreditado*…) con las aseverativas que sobre ese punto se hacen en relación a los hechos ubicados en la Comunidad Autónoma de Baleares. Pero obviamente que

hechos distintos; con pruebas distintas, con circunstancias diferentes hayan dado lugar a consideraciones probatorias diferentes (lo que en un lugar no está probado; en el otro, como matices específicos, se considera sucedido), no es una contradicción: es algo bien natural. Parece que el recurrente quiere reintroducir a través de una puerta falsa (art. 851.1 LECrim) una discusión sobre la valoración probatoria de unos hechos queriendo proyectar a ellos la ponderación probatoria de otros distintos. Es inviable.

Así parece confirmarse con la lectura del apartado c) del desarrollo del motivo donde sí se señalan algunos vocablos manejados en otros lugares del hecho probado (con excesiva avaricia argumentativa). Pero no hay contradicción.

En ese mismo apartado se alude a las declaraciones de otro acusado (Ballester): eso nos aleja definitivamente del estrecho campo de juego del art. 851.1: contradicción interna de la narración fáctica; y no de la narración fáctica con otras pruebas (esto es valoración de prueba)

b) El segundo apartado va íntegramente destinado a reproducir unos fragmentos del Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de mayo de 2013 (folios 16350 y ss) recaído en esta misma causa. Pero el art. 851.1 consagra como vicio casacional la contradicción entre afirmaciones del mismo hecho probado; no antinomias o contradicciones con otras resoluciones interlocutorias, aunque hayan sido dictadas en la misma causa.

d) El apartado c) ha sido ya examinado relacionándolo con el a).

e) En el apartado d) se aprovecha esta vez para considerar que una firma atribuida al recurrente era falsa, lo que no se afirma en el hecho probado. No está el art. 851.1 previsto para contraponer prueba con hecho probado; sino pasajes incompatibles entresacados del mismo relato.

f) Es lo mismo que se hace en el siguiente apartado respecto de la misma afirmación fáctica: se la pone en contraposición con declaraciones de coacusados).

g) Ninguna relación guarda con la contradicción como vicio casacional la ausencia de una prueba caligráfica sobre la autoría de unas firmas y su legitimidad.

h) Negar la participación del recurrente en un delito de falsedad en documento público es muy legítimo. Pero es necesario ofrecer algún argumento y sobre todo enmarcar esa pretensión en un recipiente adecuado. Dentro de un motivo por contradicción del art. 851.1 LECrim nada cabe contestar más que la inaptitud de ese formato casacional para una tal pretensión (que podrá encajar en un motivo por presunción de inocencia, que efectivamente se formalizará más adelante). Es materia ajena a este motivo de casación la discrepancia con la forma en que se ha valorado la prueba.

El motivo que no debería haber traspasado el trámite de admisión tanto por la incongruencia entre su contenido y su formato casacional, como por su falta de consistencia, en este momento procesal ha de ser **desestimado**.

VIGÉSIMO SEGUNDO. - El motivo segundo denuncia **predeterminación** (art. 851.1 LECrim). Incurrirían en ese defecto los vocablos *"influencia*", "*ascendencia*", "*dinámica comisiva*", "*privilegiado posicionamiento"*.

La predeterminación del fallo como vicio casacional consiste en la utilización de expresiones con un contenido técnico jurídico específico que soslaya una narración despojada de valoraciones o "sobreentendidos" jurídicos. No exige que el relato que acoge los hechos probados sea penalmente "neutro". Eso no solo es absurdo, sino que sería incompatible con lo que se pide a un Tribunal: un enjuiciamiento penal. No debe anticiparse en el hecho probado la subsunción jurídico-penal con el *nomen iuris* de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal -contrastando la categoría

jurídica con el hecho probado (juicio jurídico)-; y no en el nivel previo de la valoración probatoria (juicio histórico). Pero el relato indefectiblemente ha de elaborarse con el claro objetivo de valorar penalmente la acción: en ese sentido lo que dicen los hechos probados ha de condicionar fatalmente el fallo. No puede ser de otra forma. Se prohíbe exclusivamente el uso de conceptos estrictamente jurídicos, con un significado técnico no homologable al vulgar, que permitiría eludir la argumentación jurídica sostén de la subsunción penal y, al mismo tiempo, burlaría las posibilidades de fiscalización casacional.

Ninguna de las expresiones que resalta el recurso encaja en esa conceptuación. Nada tienen que ver con el mencionado defecto casacional así caracterizado. Se comprueba con facilidad. No se identifican conceptos jurídicos sino expresiones o absolutamente ajenas a lo jurídico, o que, siendo utilizadas en el Código Penal ciertamente, no caracterizan por sí solas un concepto técnico distinto del vulgar.

No es predeterminación del fallo expresar lo que se ha considerado probado. Lógicamente todo lo que se contiene en los hechos probados –si están bien redactados- ha de condicionar el fallo. No es eso lo que anatematiza el art. 851.1. LECrim. Si fuese de otra forma devendría imposible una redacción de hechos probados.

La redacción conferida por la Sala al hecho probado ni menoscaba la posibilidad de revisar la valoración jurídica; ni sustrae cuestión alguna al debate conceptual jurídico. Cuando el legislador eleva a la categoría de causal de nulidad de una sentencia la predeterminación de fallo no lo hace así, sin más. Lo que caracteriza ese motivo de casación es más bien el comienzo del enunciado: empleo de *conceptos jurídicos*. Eso es lo que se veda con la clara finalidad de separar nítidamente el resultado de la valoración fáctica, del resultado de la valoración jurídica. Cada una discurre por tramos diferenciados y en momento consecutivos. Primero se fijan los hechos; luego se valoran penalmente. No puede anticiparse esta valoración jurídica llevándola a la plasmación del juicio histórico.

No toda predeterminación del fallo es defecto de casación –no importa repetirlo una vez más pese a ser afirmación tópica en la jurisprudencia-; solo aquella derivada del uso de una locución técnico-jurídico que soslaye la narración factual condicionando la subsunción jurídica (usando *fuerza en las cosas*; atacó *alevosamente*; la mató con *ensañamiento*...).

El motivo sucumbe.

VIGÉSIMO TERCERO.- El motivo tercero saca a flote otra vez un quebrantamiento de forma; esta vez, **incongruencia omisiva** (art 851.3 LECrim). Se dice que la sentencia no contesta al argumento defensivo a tenor del cual de las liquidaciones efectuadas al recurrente por IRPF habrían de descontarse las cantidades que debían haber sido retenidas por terceros conforme a lo establecido en la legislación específica de tal impuesto.

Convergen una pluralidad de razones para arrastrar a este motivo al **fracaso**:

a) No se trata propiamente de una pretensión sino de un argumento defensivo. La queja estaría vinculada más a un déficit de motivación que al tradicional vicio del art. 851.3 LECrim –incongruencia omisiva- que se refiere a pretensiones formales y no a argumentos. Esta observación no llevaría, sin embargo, a rechazar sin más el motivo por la equivocada etiqueta casacional (error éste frecuente en sede de art. 851.3 LECrim, seguramente porque legislación y jurisprudencia en ocasiones equiparan o son proclives a cierta asimilación entre los conceptos de congruencia y exhaustividad de la motivación que, sin embargo, son nociones diferenciables). Lo ajustado es reconducir el alegato a su marco natural (penuria motivadora en una cuestión decisiva: arts. 24.1, 120.3 CE y 852 LECrim).

b) El recurrente ha omitido un previo trámite de subsanación que la jurisprudencia viene exigiendo, habiendo entonado ya un *adiós* a la indulgencia que dispensó en los primeros años (SSTS 586/2014, de 23 de julio, ó 374/2017, de 20 de abril). Es presupuesto inexcusable de un motivo por incongruencia omisiva, que antes se haya acudido al remedio sanador

del expediente de complemento de la sentencia previsto en los arts. 267 LOPJ y 161 LECrim (argumento *ex* art. 884.5º LECrim así como 855.3º del mismo cuerpo legal), incidente que articuló con acierto un legislador preocupado por evitar retardatorias nulidades. Fiscal y otras partes recurridas ponen de manifiesto esta causa de inadmisibilidad que ahora se convertiría en causa de desestimación sin conocer del fondo.

c) Por fin, además, existiendo un motivo de fondo que plantea abiertamente la cuestión cuya no resolución se denuncia, es jurisprudencia reiterada y bien conocida que debe soslayarse el hipotético defecto formal para solventar ya el punto debatido analizando los argumentos que el recurrente considera no contestados. Sería absurdo y contrario no solo al sentido común y a una elemental economía de medios procesales, sino también al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) devolver a la Audiencia la sentencia para que analizase específicamente esta cuestión y desde ahí volver a andar todo el camino hasta un nuevo pronunciamiento de esta Sala sobre ese punto, pronunciamiento que estamos ya en condiciones de ofrecer. Máxime cuando se trata de un alegato –argumento que no pretensión- que no parece haber pasado inadvertido a las jueces *a quibus*. Sencillamente lo han rechazado sin más, aunque sin detenerse en una argumentación específica, muy probablemente porque lo consideraban obvio. Y, ciertamente, algo elemental e instintivo, como trataremos de explicar al resolver el motivo de fondo, lleva a rechazar el argumento del recurrente. En último término su discurso viene a significar que quien se vale de una añagaza o engaño para pagar menos a la Hacienda, será en todo caso beneficiado por la Ley; acabará consiguiéndolo, aunque sea descubierto el fraude; su cuota tributaria se verá menguada. Hacer cargar con el porcentaje en que él se ha beneficiado injustamente a terceros que a su vez fueron objeto del engaño es inadmisible: a veces razonar lo obvio se hace muy complicado o sencillamente superfluo. Lo obvio se muestra; no se demuestra.

Da la sensación de que la Audiencia no quiso estirar todavía más la ya extensa y densa sentencia, con explicaciones que, por elementales, podían considerarse innecesarias. Aun así, se recogerán en esta sentencia al

abordar el citado motivo de fondo (el décimo de este recurso) que por razones sistemáticas adelantamos analizándolo a continuación de éste para no perder el hilo conductor de esta cuestión.

Apunta en ese sentido certeramente la Abogacía del Estado que la aceptación explícita por parte de la Audiencia de las conclusiones de los informes periciales, así como de las bases del cálculo realizado por los funcionarios de la AEAT, al margen de algunas concretas y expresamente resaltadas divergencias, supone que el silencio tampoco sea tan opaco: esa aceptación implica remisión a las razones esgrimidas por los inspectores para excluir esas cantidades que en el discurso del recurrente debieron haber sido retenidas por unos pagadores ignorantes –y sin estar en condiciones de averiguar- de que les afectaba ese deber de retención.

El motivo tercero del recurso es rechazado.

VIGÉSIMO CUARTO.- En efecto, el referido motivo décimo, que abordamos ahora tomándonos una licencia en el orden sistemático autoimpuesto por razones de unidad temática, denuncia infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida (doble aplicación indebida: son dos condenas) del art. **305 CP** en cuanto no constaría que las cuotas defraudadas hubiesen llegado a la línea cuantitativa que traza el citado precepto para discriminar infracción administrativa y delito en materia de defraudación tributaria: 120.000 euros. La necesidad de menguar la cuota con las cantidades que según la legislación específica del IRPF debieran haber retenido los pagadores, habría sido obviada. Con esas reducciones no se alcanzaría ese monto. No se rebasaría el campo de la infracción tributaria no penal.

Amén de que el incremento en las cuotas resultante de la estimación del recurso de la Abogacía del Estado afecte también a la potencialidad destipificadora de este discurso, el alegato en sí mismo es inacogible.

El argumento tiene mucho de sofisma. Se desmonta sin dificultad con un viejo adagio que rememora la Abogacía del Estado: *nemo auditur propiam turpitudinem*. Nadie puede obtener un beneficio de su propia acción

maliciosa; en otras palabras, quien ingenia la estrategia defraudatoria no puede beneficiarse de dicho mecanismo. O en versión actualizada, *una defraudación descubierta no puede ser rentable*.

Lo desactiva con extremada paciencia, meticulosidad y afán didáctico, entreteniéndose en explicar lo que parece evidente, combinados con una exquisita técnica jurídica y manejo familiar de la legislación tributaria el escrito de impugnación de la Abogacía del Estado que en este punto nos servirá de *falsilla*. La impugnación del Fiscal coincide sustancialmente con la de la Abogacía del Estado, aunque también precisa, en observación que no podemos sino acoger, que deben tenerse por no puestos aquellos aspectos del discurso impugnativo que manipulan o recrean con afirmaciones o suposiciones propias el relato del hecho probado.

Recordemos, como hacen ambos recurridos lo de relevante a estos efectos que se consigna en el *factum*. Es ese el intocable telón de fondo de toda argumentación encajada en el art. 849.1º LECrim:

"Posteriormente, a partir del 20 de marzo de 2006, ambos socios deciden que D. Ignacio Urdangarín perciba la parte alícuota de sus honorarios a través de dietas de consejos de administración o de asesoramiento de clientes privados, además de los rendimientos obtenidos directamente como persona física. Asignándosele específicamente como clientes a Motorpress Ibérica y Telefónica. Aumentando tiempo después su cartera de clientes a Mixta África, Seelinger & Conde, Havas Sport y Altadis.

Mientras, D. Diego Torres mantuvo los rendimientos obtenidos por las actividades con-venidas con instituciones públicas y por los clientes privados que se mantuvieron en la cartera de clientes de Nóos.

(… ...)

D. Ignacio Urdangarín, en los ejercicios 2007 y 2008, percibió retribuciones procedentes de entidades privadas derivadas de su condición de consejero/asesor, facturadas a través de la mercantil Aizoon SL, con la finalidad de ocultar que era perceptor de tales retribuciones en su condición de persona física, para obtener una disminución de la tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...

La mercantil Aizoon SL recibió en los ejercicios 2007 y 2008 los siguientes ingresos procedentes de entidades privadas:

-Motorpress Ibérica SA: 209.148 euros en el ejercicio 2007 y 243.600,01 euros en el ejercicio 2008.

- Aceros Bergara SA: 33.677,12 euros en el ejercicio 2007 y 35.444,96 euros en el ejercicio 2008.

- Mixta África SA: 257.520 euros en el ejercicio 2007 y 83.520 euros en el ejercicio 2008.
- Pernord Ricard: 46.388,28 euros en el ejercicio 2007 y 81.591,25 euros en el ejercicio 2008.
- Havas Sport France: 50.000 euros, respectivamente en los ejercicios 2007 y 2008.
- Sellinger & Conde: 48.720 euros en el ejercicio 2007.

Las retribuciones obtenidas en el ejercicio 2007 importan un total de 645.453,40 euros y, las obtenidas en el ejercicio 2008, un total de 494.156,22 euros.

Todos los ingresos obtenidos por la sociedad Aizoon SL, durante los ejercicios 2007 y 2008, proceden de las mercantiles en las que Ignacio Urdangarín ejercía labores de asesoramiento o era miembro del consejo de administración respecto de las que salvo en algún concreto supuesto (en el que también se destaca que la labor de asesoramiento debía ser prestada por D. Ignacio Urdangarín con carácter personalísimo), no consta documentada la contratación. Si bien, de todos ellos resulta que las referidas sociedades contrataron a la persona física, en atención a su posicionamiento institucional y social.

Asimismo, de los gastos deducidos por Aizoon, SL en su Impuesto de Sociedades no aparecen relacionados gastos derivados del normal desempeño de la actividad de asesoría. Y, no consta que D. Ignacio Urdangarín, en su condición de administrador, percibiera remuneración alguna de la sociedad Aizoon, SL por el desempeño de funciones administrativas o directivas, ni cobro alguno por los socios en concepto de dividendos.

La cuota defraudada por D. Ignacio Urdangarín por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2007 importa la cantidad de 129.739,19 euros y, por el mismo impuesto, correspondiente al ejercicio 2008, la cantidad de 126.537,65 euros. Dichas cantidades son las resultantes de aplicar la deducción del 5% correspondiente a la aplicación de la deducción por provisiones y gastos de difícil justificación".

El recurrente edifica su discurso impugnativo tomando como punto de apoyo una pieza normativa: el artículo 99.5 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a tenor del cual cualquier empresa viene obligada a practicar retenciones del IRPF sobre los rendimientos del trabajo según el porcentaje que fija periódicamente la Agencia Tributaria. En la redacción vigente en los años 2007 y 2008, rezaba literalmente tal precepto:

"1. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los pagos a cuenta que, en todo caso, tendrán la consideración de deuda tributaria, podrán consistir en:

a) Retenciones.

b) Ingresos a cuenta.

c) Pagos fraccionados.

2. Las entidades y las personas jurídicas, incluidas las entidades en atribución de rentas, que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto, **estarán obligadas a**

practicar retención e ingreso a cuenta, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al perceptor, en la cantidad que se determine reglamentariamente y a ingresar su importe en el Tesoro en los casos y en la forma que se establezcan. Estarán sujetos a las mismas obligaciones los contribuyentes por este impuesto que ejerzan actividades económicas respecto a las rentas que satisfa¬gan o abonen en el ejercicio de dichas actividades, así como las personas físicas, jurídicas y demás entidades no residentes en territorio español, que operen en él mediante establecimiento permanente, o sin establecimiento permanente respecto a los rendimientos del trabajo que satisfagan, así como respecto de otros rendimientos sometidos a retención o ingreso a cuenta que constituyan gasto deducible para la obtención de las rentas a que se refiere el apartado 2 del artículo 24 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

(…)

5. El perceptor de rentas sobre las que deba retenerse a cuenta de este impuesto computará aquéllas por la contraprestación íntegra devengada.

Cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por un importe inferior al debido, por causa imputable al retenedor u obligado a ingresar a cuenta, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida.

En el caso de retribuciones legalmente establecidas que hubieran sido satisfechas por el sector público, el perceptor sólo podrá deducir las cantidades efectivamente retenidas.

Cuando no pudiera probarse la contraprestación íntegra devengada, la Administración tributaria podrá computar como importe íntegro una cantidad que, una vez restada de ella la retención procedente, arroje la efectivamente percibida. En este caso se deducirá de la cuota como retención a cuenta la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro...". (Énfasis añadido).

El art. 23 de la Ley General Tributaria -explica la Abogada del Estado- sienta el carácter autónomo de la obligación de retener (por ser un pago a cuenta) respecto de la obligación tributaria principal de autoliquidación e ingreso del Impuesto, sin perjuicio de la obvia interrelación entre ambas obligaciones, conceptualmente diferenciables. Los pagos a cuenta no cancelan una obligación tributaria principal que no ha nacido en el momento en que se efectúan. Se trata, en consecuencia, necesariamente, de una obligación distinta a la jurídico-tributaria principal. Su fuente viene representada por el abono de rendimientos sujetos a pagos a cuenta. Lo ingresado por el retenedor aprovecha al retenido, como pago anticipado de su cuota de IRPF. Pero la obligación del retenedor no es una obligación ajena, sino propia. No es que esté obligado a cumplir asumiendo la posición

jurídica del retenido. Su obligación tiene un contenido complejo con dos vertientes: retener (detraer) al hacer el pago; y, luego, ingresar.

Dice al respecto el art 37.2 LGT:

"Es retenedor la persona o entidad a quien la Ley de cada tributo impone la obligación de detraer e ingresar en la Administración tributaria, con ocasión de los pagos que deba realizar a otros obligados tributarios, una parte de su importe a cuenta del tributo que corresponda a éstos".

El retenedor, en la legislación vigente, no es sustituto; no desplaza de la relación jurídica al contribuyente. El contribuyente se mantiene en dicha relación. La situación ha variado sustancialmente, como nos explica la Abogada del Estado en su dictamen impugnatorio, más allá de que incluso en escenarios normativos previgentes tampoco las conclusiones habrían de ser necesariamente muy distintas.

La Hacienda Pública ha visto menguados sus ingresos en dos ejercicios por el impago de un importe superior a 120.000 euros correspondientes al IRPF de Ignacio Urdangarín. Ese fraude es imputable directamente en su totalidad al citado obligado tributario. Si se quiere, en una parte (una porción de esa deuda; no de otra: es la misma deuda), ha provocado el perjuicio o la falta de ingreso de una manera indirecta: ocultando a los primeros obligados a unos ingresos como anticipos (los retenedores) que debían detraer una cantidad de los pagos que hacían para ingresarlas a Hacienda: eso supone una forma oblicua –pero tan efectiva como la directa elusión del pago del impuesto- de defraudar. La otra porción se ha defraudado directamente: ocultando que se trataba de rendimientos por trabajo. Pero el total de la deuda tributaria defraudada asciende a más de 120.000 euros. Engañar a los pagadores para que no le rebajen sus retribuciones con retenciones a ingresar en Hacienda supone una forma, si se quiere menos directa, de defraudar. Ni siquiera sería esto descartable –no es ahora momento de entrar en ello pues no es el supuesto- en el caso de que los pagadores conociesen (aquí es evidente que no eran conscientes) la simulación (podrían llegar a convertirse en copartícipes de una defraudación por importe superior a 120.000 euros, o en autores de un propio delito, del art. 305 si las cantidades que hubiesen debido retener superasen esa cifra: -

véase en esta apostilla un simple *obiter dictum* que no quiere ir más lejos: no se nos escapa que el tema tiene muchos más repliegues y exigiría muchos matices y una meditación pausada-).

A las entidades privadas que abonaron servicios a Aizoon SL no les era exigible efectuar retenciones por cuanto les facturaba una empresa. No eran rentas sujetas a retención. Lo ignoraban porque se lo ocultó el perceptor fingiendo otra cosa. No estaban en condiciones de intuir algo distinto ni les era exigible una investigación o una desconfianza puesta al servicio de la Hacienda. Ignacio Urdangarín interpuso su mercantil, Aizoon, fraudulentamente, con el fin de parapetarse como persona física. No puede ahora redireccionar las responsabilidades a quienes fueron también destinatarios intermedios de su maquinación.

El mecanismo defraudatorio que describe la sentencia consiste en la interposición de una sociedad, como si fuese alguien diferente, entre las prestaciones realizadas como persona individual por el recurrente y los contratantes de sus servicios. Lo que eran percepciones como persona física y rendimientos sujetos a la tributación del IRPF se facturaban por una mercantil, consiguiendo así reconducir tales ingresos al impuesto de sociedades con tipos impositivos más beneficiosos. Esa apariencia se mantenía frente a todos: solicitantes de servicios –a quienes les facturaba la mercantil- y Hacienda.

Desde ese punto de partida se hace inviable la proyección al supuesto de la obligación del art. 99 de la Ley 35/2006. Estamos ante un caso en que el perceptor de las rentas oculta deliberadamente su condición a los pagadores, simulando que los servicios los presta una sociedad. Los pagadores no pueden cumplir una obligación que surge de una realidad que ignoran porque se les presenta convenientemente deformada. No les es exigible una indagación o una actitud de desconfianza sistemática.

Las sentencias invocadas en el recurso se refieren todas a entidades pagadoras que incumplen su obligación de retener e ingresar el todo o parte de lo debido a las personas físicas. Se apartan en un extremo esencial del

supuesto de autos. La jurisprudencia que blande el recurrente está pensando en escenarios normales de relaciones limpias y transparentes, no en casos de fraude como el aquí analizado.

Como dirá la Abogacía del Estado:

"Ignacio Urdangarín actuó con un doble engaño:

1. En la descripción de los servicios facturados, al utilizar un concepto distinto no sometido a retención (un supuesto servicio o trabajo de la entidad Aizoon en vez de su trabajo realmente realizado).

2. En la identidad del sujeto emisor de las facturas: Aizoon no era miembro de los Consejos de Administración, sino una sociedad interpuesta por Ignacio Urdangarín para eludir la tributación por el IRPF y la retención que éste conlleva".

No puede imponerse a las empresas pagadoras el abono de esas cantidades que teóricamente debieran haber retenido y anticipado, cuando su omisión ha sido consecuencia de una información falsa y falaz –una simulación- por parte del contribuyente perceptor de las rentas sujetas al citado mecanismo de anticipación del pago del Impuesto. No puede el contribuyente derivar su obligación a esas entidades, a las que por otra parte ocultó no solo el auténtico carácter de las rentas, sino además aquélla otra información que era imprescindible para efectuar los cálculos que permitiesen cuantificar el porcentaje a retener. Cuando las retenciones insuficientes o mal practicadas son consecuencia del incumplimiento por parte del perceptor de los rendimientos de su obligación de comunicar verazmente las circunstancias precisas al retenedor, ni éste ha de responder por las retenciones omitidas, ni aquél se ve exonerado de abonar las cantidades no retenidas por su incumplimiento.

Insistirá el recurrente en el tenor del párrafo 5 del comentado art 99: "cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por un importe inferior al debido, por causa imputable al retenedor u obligado a ingresar a cuenta, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida".

Pero el precepto habla de *causa imputable al retenedor*. No es ese el caso según se viene argumentando.

La réplica viene de la mano del informe de la AEAT que figura en las actuaciones (páginas 3 a 5 del Informe número 12, de fecha 19 de mayo de 2014, folios 29.110 a 29.112, que cita el recurrente): "en este caso no resulta de aplicable el dictado del artículo 99.5 de la LIRPF, por cuanto su aplicación se condiciona expresamente a que la falta de retención sea por causa imputable al retenedor" (…) "es claro pues que la ausencia de retenciones no se puede imputar en exclusiva a las empresas retenedoras, y por esta razón el mencionado artículo 99.5 de la LIRPF deviene completamente inaplicable al caso, por los motivos que se han expuesto".

El recurrente rechaza el argumento agarrándose al adverbio "exclusivamente" que no figuraba en la redacción del art. 99.5 de la Ley 35/2006, hasta la reforma operada en virtud de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre (que entró en vigor el 1 de enero de 2015). No podría aplicarse retroactivamente esa modificación.

Pero es innecesario ese adverbio para alcanzar la conclusión a que hemos llegado. No puede efectuarse reproche alguno a las empresas pagadoras por no retener lo que no podían saber que debían retener. Y no lo sabían por la maniobra simuladora del contribuyente. No hay culpa compartida. No es que la culpa no sea exclusiva de los retenedores; es que es exclusiva del contribuyente.

Y no es que nada haga pensar lo contrario; es que otra hipótesis, aun referida a solo una o dos de las distintas mercantiles como en la vista adujo como último recurso el letrado de la defensa, es absolutamente inverosímil. Ningún beneficio podría derivarse para ellas. Ningún interés podían tener en participar en esa simulación; como tampoco es pensable que el propio contribuyente pudiese haber comunicado o ni siquiera insinuado a alguna de las pagadoras que Aizoon SL era una sociedad no real, puramente instrumental y que esa mercantil hubiese accedido a participar en ese engaño a la Hacienda (insistimos: ni siquera probablemente en ese caso desaparecería el delito del art. 305 CP). No es que no haya prueba alguna sobre ello; es que resulta inverosímil. No mucho menos que el hecho de que todas esas mercantiles se hubiesen acoplado a ese irregular patrón de conducta: cinco empresas, independientes entre sí, y, desde luego, no dominadas por Ignacio Urdangarín. Eso determina la falta de acuerdo entre

retenedor y retenido. La connivencia entre pagador y perceptor se puede producir normalmente como manifestación de una relación de control del segundo sobre el primero, bien sea por razones accionariales bien por motivos gerenciales. Que esas cinco mercantiles hubieran podido *motu proprio* acabar coincidiendo en el mismo proceder -no retención- es una hipótesis que se antoja carente de cualquier plausibilidad. Así es corroborado por la sentencia, que responsabiliza en exclusiva a Ignacio Urdangarín de dicho fraude.

Merece la pena recoger del dictamen de impugnación unas últimas consideraciones de refuerzo (en rigor resultan innecesarias para la desestimación del motivo, aunque sirven *ex abundantia*) que cimentan todavía más la **improsperabilidad** de este motivo:

"Las ocho mercantiles, Altadis S.A., Pemod Rlcard S.A., Mixta África S.A., Lagardére Ressources, Havas Sports, Seeliger y Conde S.L., Aceros Bergara S.A. y Motorpress Ibérica S.A., satisficieron a la mercantil Alzoon, S.L. las cantidades que figuran desglosadas en el Anexo 6 del informe de avance n° 2, de 18 de Junio de 2013, y se reproducen asimismo en el informe de avance n° 10, de 13 de noviembre., cantidades recogidas en los Hechos de la sentencia recurrida.

Conforme a la normativa del Impuesto sobre Sociedades, no existe obligación de retener a cuenta de este Impuesto por los pagos derivados de prestaciones de servicios de asesoría, asistencia, o consultarla contratadas. Ninguna de ellas ha practicado retención, ni ha Ingresado a cuenta, ni lo ha declarado, ni Aizoon, S.L. se ha deducido cantidad alguna por retenciones sobre tales rendimientos. Por esa misma razón tampoco habría resultado procedente una eventual liquidación administrativa por este concepto. Y es que la circunstancia de que Aizoon sea una sociedad estrictamente Instrumental, sin entidad real, es un conocimiento que no era en absoluto exigible a los pagadores, y no se ha verificado sino con ocasión de la investigación, instrucción y juicio de los delitos contra la Hacienda Pública objeto de estos autos.

En particular, debe puntualizarse que la entidad Lagardére Ressources es una empresa no residente en España que carece de establecimiento permanente en territorio español y no figura en las Bases de datos de la AEAT; y respecto a Pernod Ricard y Ha-vas Sports, aun cuando poseen sendas filiales en España, los contratos firmados por el Sr. Urdangarín lo fueron con las entidades matrices, el Grupo Pernod Ricard y Havas Sports Franca. Los servicios respectivamente contratados con estas tres empresas no pueden considerarse realizados en España, pues no consta que guarden relación con la obtención de rentas en España por las mercantiles pagadoras. Tratándose así de rentas obtenidas fuera de España, hay que concluir que ni estas entidades no residentes estaban obligadas a

retener a cuenta de impuestos españoles, ni la Agencia Tributarla tiene lógicamente competencia para comprobar su situación tributaria.

Por otra parte, se ha verificado por la sentencia recurrida que algunos de los citados pagos deben ser considerados realmente como retribuciones del Sr. Urdangarín por la condición de consejero de las correspondientes sociedades (en concreto, los de Altadis, Pernod Ricard y Motorpress Ibérica, con arreglo al Informe de 14 de enero de 2013 y la propuesta de liquidación contenida en el Informe de avance nº 4 de 18 de junio), por lo que la consecuencia fiscal es que tales rentas deben sujetarse directamente al IRPF como rendimientos del trabajo personal, y no como rendimientos de actividades económicas, que es lo que se ha considerado con los pagos de las cinco restantes entidades".

Las SSTS de 25 y 29 de junio de 2013 (Sala Tercera), que cita también en su dictamen la Abogada del Estado, robustecen esas conclusiones. Constante jurisprudencia afirma que la Administración tributarla "debe regularizar el IRPF en sede del sujeto pasivo, no de la empresa" (así SSTS de 25 y 28 de junio de 2013).

Establece la recién citada STS de 25 de junio de 2013:

"En resumen, la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia de este Tribunal en diversos aspectos:

a) No ha sido probada la inexistencia de enriquecimiento injusto por la Administración, que es a quien corresponde la carga de la prueba, porque es obvio que se produce una tributación de la renta en el Impuesto sobre Sociedades. Adicionalmente se vuelve a tributar al distribuirse los dividendos de las sociedades entre las personas físicas o al abonar dichas sociedades los correspondientes sueldos o contraprestaciones.

b) Ha prescrito el derecho a liquidar el IRPF en el sujeto pasivo del impuesto. Carecería por completo de sentido jurídico que se exigiera la retención a cuenta de una obligación prescrita. De este modo, a causa de la imposibilidad de repercutir la cantidad no retenida la sociedad retenedora soportaría el pago final del Impuesto, dejando de tener la naturaleza de pago a cuenta.

c) Esta Sala ha sido clara al señalar que "estos problemas se resolverían si en los expedientes en los que se discuten las retenciones se llamara al procedimiento a los sujetos del IRPF, o sea a los empleados, exigiéndoles a los que no declararon verazmente sus retribuciones no la cuota por retención sino la cuota diferencial pertinente, en la que estaría incluida la cuota que debió serles retenida" (STS de 16 de julio de 2008 (RJ 2008, 4429)). Sin embargo, la Administración no ha traído al proceso las declaraciones por el Impuesto sobre Sociedades, ni los IRPF de las personas afectadas.

Por todo ello procede que este Tribunal case la sentencia recurrida y declare la nulidad de la regularización de las retenciones por el concepto de IRPF respecto de los importes pagados a las sociedades. Todo ello no impide que la Administración Tributaria pueda exigir a la entidad recurrente los intereses de demora por el tiempo durante el cual la

Administración no pudo disponer de las cantidades adeudadas por no haberse practica-do la retención o haberse practicado de modo cuantitativamente insuficiente (Sentencias de este Tribunal de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 4034) , cas. 2400/2002, y 16 de julio de 2008 (RJ 2008, 4429), cas. para la unif. doctr. 398/2004), debiendo acreditarse, en ejecución de sentencia, los tiempos en que son exigibles y los parámetros que para el cómputo de los intereses de demora han de tomarse en consideración ("dies a quo" de cuando debió retenerse por la entidad recurrente y "dies ad quem" de pago por los directivos sujetos pasivos del IRPF)".

El motivo fenece.

VIGÉSIMO QUINTO. - El motivo cuarto se abre paso a través del art. 849.2 LECrim, precepto procesal cuyo uso correcto es muy infrecuente. Se explica eso seguramente porque está rodeado de una disciplina procesal apta para provocar no pocos *tropezones* en quienes echan mano de él seducidos por su etiqueta definidora -e*rror en la valoración de la prueba*- ignorando los requisitos que van de la mano esa categorización general y que resultan tremendamente exigentes. Son precisamente esos condicionantes estrictos los que permiten armonizar con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y el respeto al principio de inmediación una posibilidad de revisión de valoración probatoria. Ya al abordar el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares incidimos preliminarmente en esta cuestión.

Tampoco este recurrente escapa a algunos de esos muy habituales *traspiés* al tratar de alcanzar el primer peldaño de esa angosta entrada a la casación: no basta con citar documentos como mera excusa para discutir sin medida la valoración probatoria. Es necesario *(i)* que los documentos sean literosuficientes, es decir demostrativos de lo que se quiere acreditar; *(ii)* que se hayan designado tanto los documentos como sus particulares concretos; *(iii)* que las aseveraciones que quieren extraerse de ellos no estén contradichas por otros elementos probatorios; y, por fin, *(iv)* que se consigne la redacción alternativa del hecho probado que se propone.

De todos esos requisitos el recurrente solo respeta la designación de documentos. Pero, ni siquiera ese requisito está bien cumplimentado: cita unos documentos que han dado lugar a condenas por falsedad documental. El documento falsario no puede ser aquél del que se deduce el error. Esto es

elemental: si fuese de otra forma jamás cabría una condena por falsedad documental pues siempre habría un error de hecho derivado de la constatación del documento. Un documento falso es lo más contrario a un documento literosuficiente.

Las actas que la sentencia reputa falsas –en apreciación que todos admiten- no pueden servir de base a un motivo por la vía del art. 849.2º. Menos aun cuando lo afirmado por la sentencia está avalado por medios de prueba personales abundantísimos (declaraciones de coimputados). La argumentación que se despliega escapa del corsé marcado por el art. 849.2º (se dice que, existiendo partes de las actas auténticas, resulta obligado considerar que toda ella es auténtica: ¡¿?!). No se designan los particulares de cada documento que determinarían el error. Se enumera un largo listado de documentos sin explicar uno a uno su relevancia, (se relacionan tras una argumentación genérica que no es predicable de todos (no lo es, por ejemplo, respecto de unas demandas laborales o de actas de inspección, o un dictamen jurídico). Algunos afectan a hechos por los que el recurrente no es condenado (algunas falsedades). Se designan como documentos algunas páginas de la sentencia: no puede ser documento que evidencia el error la misma sentencia.

Un informe de contenido jurídico sobre cuestiones administrativas, civiles y mercantiles, implicadas en el asunto, por muy bien fundado que esté, y por mucha que sea la autoridad académica o profesional de quien lo emite no puede constituir el documento frente al que contrastar las conclusiones de la sentencia. No aborda cuestiones de prueba, sino problemas jurídicos. Es más, difícilmente, aunque esta Sala ha sido indulgente al respecto, tiene cabida una opinión pericial ¡jurídica! en una causa jurisdiccional. Cabría si se tratase de pericial sobre derecho extranjero. Pero sobre derecho aplicable por los jueces españoles puede constituir (aunque esta Sala –se insiste- ha sido flexible con esas anómalas periciales) el *asesinato alevoso* del tradicional *Iura Novit Curia.* Esos argumentos jurídicos plasmados en un dictamen no son documento, ni valoraciones probatorias. Constituyen motivaciones jurídicas que pueden hacerse valer como tales en el correspondiente motivo por infracción de ley;

pero no haciéndoles pasar como de contrabando a través de la puerta falsa del art. 849.2. Es signo elocuente de ello que se blande para oponerlo a valoraciones de la fundamentación jurídica y no a hechos consignados en el *factum,* síntoma expresivo de ese uso desviado.

Aunque la materia sobre la que versa, siempre compleja, es más proclive a ese tipo de aportaciones que sirven de ilustración al Tribunal, en su esencia y volviendo a la imagen utilizada, no muy distinto ontológicamente sería un dictamen pericial sobre qué ha de entenderse por *alevosía* en una causa por asesinato.

El motivo que no debiera haber pasado la fase de admisión, queda abocado al fracaso por las antedichas razones.

VIGÉSIMO SEXTO.- El art. 849.1 LECrim constituye el ropaje casacional del motivo siguiente (quinto) cuyo punto de mira se pone en la condena por un delito de **prevaricación**. La relativa escasa relevancia penológica de tal condena (que quedará embebida por la condena por malversación: -la falsedad, como se verá, va a ser excluida-; su expulsión no tendrá, por tanto, trascendencia para revisar la penalidad a fijar; ni siquiera si considerásemos que eso permite escaparnos de la regla del anterior art. 77.3 CP) no nos disculpa de examinar las alegaciones del recurrente que enlazan en buena medida con el contenido de ese dictamen introducido antes por la extravagante vía del art. 849.2º LECrim y que ahora, ya en sede adecuada, se reproducen.

El problema es doble y clásico. Está resuelto por una jurisprudencia abundante: a) Si un no funcionario (*extraneus)* puede responder penalmente por un delito especial; y b) si puede hablarse de prevaricación en materia de actuación de empresas públicas que se desenvuelven en el ámbito jurídico privado con formas de derecho privado. La exigencia de que el acto recaiga en un asunto administrativo (art. 404 CP) ¿expulsa del campo del art. 404 esas actuaciones?

Ambos problemas –el recurrente desempolva un debate que parecía finiquitado- están sobradamente resueltos por una jurisprudencia abundante de la que constituye una muestra bien reciente la STS 200/2018, de 25 de abril que, a su vez, recopila pronunciamientos anteriores:

Es preciso partir de la consideración del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP sobre el que esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado, por ejemplo, en la sentencia 259/2015 de 30 Abr. 2015, Rec. 1125/2014 señalando que:

"El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación:

1º) El servicio prioritario a los intereses generales.

2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de ***sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder****. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...".*

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 caso Intelhorce).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;

2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en

el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho".

Contempla esa sentencia justamente una contratación. No es óbice ello para entender que estamos ante un "asunto administrativo":

"… es incuestionable que el contrato difiere claramente del contenido que debía reunir, al alterar el pliego de condiciones en la cláusula del inicio de la obligación de pago; que el secretario le hizo la advertencia de ilegalidad; que consta ese informe al folio nº 4254, pese a que el recurrente negara conocerlo, y que, pese a ello, impuso su voluntad de que ese contrato se redactara alterando el pliego de condiciones, formando el contrato parte indisoluble de la resolución de adjudicación como "modus operandi" de desarrollo de la misma. Y que esta actuación era objetivamente contraria a derecho, como así se le había advertido antes de la firma por el secretario y después por los testigos que deponen en el plenario que reclamaron la resolución del contrato por alteración de las condiciones básicas ya expuestas.

Por ello, la ilegalidad es contundente y manifiesta, ya que se altera el contrato por su propia decisión y a sabiendas de que se modifican las condiciones de la adjudicación.

La presentación del contrato a la firma de la empresa adjudicataria era la forma de ejecutar la resolución administrativa de adjudicación, y, por ello, forma parte del procedimiento administrativo, que se colige con que ese contrato reúna las condiciones que se recogían en el pliego de condiciones que fue la base de las ofertas y de la adjudicación.

Por ello, entendemos que ***el contrato tiene con la resolución de adjudicación una línea relacional de tracto sucesivo,*** *e inseparable, al formar parte esa redacción del contrato del procedimiento administrativo seguido como* ***ejecución vehicular de la resolución administrativa de adjudicación*** *conviene resaltar, como ya ha dicho esta Sala, que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos por la vía del art. 404 CP, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).*

Así, como ya se expuso en la sentencia de esta Sala antes citada 259/2015 de 30 Abr. 2015: "En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

(…) Y se precisa más adelante:

*"… **3. El contrato forma parte de la resolución de adjudicación.***

Debe resultar evidente que el eslabón final de la cadena del procedimiento administrativo que dimana de la resolución de adjudicación es la redacción y firma del contrato, y éste no se ubica en una ruptura causal con respecto a todo el procedimiento administrativo en sí mismo considerado, sino que forma parte del iter procedimental administrativo y, por ello, integra la condición técnica de resolución y es propiamente dicho "acto administrativo", y, como hemos dicho, operando en razón al tracto sucesivo entre resolución y contrato, lo que integra el delito de prevaricación al alterarse éste último.

Recordaremos que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 606/2016 de 7 Jul. 2016, Rec. 52/2016 señaló que se entiende por:

***Por resolución**: "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo".*

***Resolución arbitraria**, equivale a resolución "objetivamente injusta", "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.*

Así, en relación al delito de prevaricación las irregularidades administrativas fueron esenciales y obviadas conscientemente para dar entrada a la arbitrariedad, al amiguismo y al clientelismo político, con desprecio y apartamiento voluntario de las normas administrativas que rigen la adjudicación de tales contratos".

*La doctrina científica más reciente viene dando un paso más allá en el concepto de lo que se entiende por "Resolución" en el contexto del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, para entender que el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, **sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que, cuando afecta a***

caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo. (…)

…esta alteración es "vehicular" de la resolución de adjudicación y viene a formar parte de ella, por cuanto viene a constituir un nexo indisoluble de la resolución, de tal manera que la arbitrariedad se consuma con la redacción del contrato alterando el contenido del pliego de condiciones que era la base, también, de la resolución en cuanto a los requisitos a cumplir con la empresa adjudicataria, pero que luego se difuminan de forma notable y grosera al modificar de forma radical un elemento tan sustancial en el contrato, como lo es la fecha del inicio de la obligación de pago retrasada, nada menos, que al inicio de la explotación de la concesión

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina sobre este tema que el delito de prevaricación administrativa supone la infracción del deber de actuar conforme al ordenamiento público que se impone a toda autoridad o funcionario público. Pero debemos indicar que en los casos en los que se alteran los contratos que son el "vehículo de ejecución" de una resolución administrativa de una adjudicación de una obra, concesión o similar no se trata de una mera irregularidad administrativa a resolver por los cauces de la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de un ilícito penal comprendido en el art. 404 CP, por constituir este delito la mecánica ejecutiva de la alteración del contrato de forma clara y evidente, cuando se dispone del pliego de condiciones que sirvió de base a la adjudicación y, pese a esta claridad, se altera este a la hora de firmar el contrato, por lo que no existe un delito de falsedad, no existiendo dolo falsario, sino un dolo inmerso en tipo penal del art. 404 CP que cumple los presupuestos antes expuestos.

De forma también expresa se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 149/2015 de 11 Mar. 2015, Rec. 2301/2013 donde, ante una condena por prevaricación administrativa del art. 404 CP, se alegaba por el recurrente que "en el caso actual no existe resolución administrativa arbitraria porque el contrato formalizado como consecuencia del acto de adjudicación no está sujeto al derecho administrativo, al ser un negocio jurídico bilateral sujeto al derecho privado. Por otra parte, las modificaciones introducidas en el contrato no suponen alteración sustancial del pliego de condiciones, estando autorizadas por el derecho privado, por lo que no pueden ser constitutivas de prevaricación".

Pues bien, esta Sala desestimó el motivo y expuso que: "En definitiva, ***con carácter previo al contrato existía una verdadera resolución administrativa****. Añadiendo poco después que "como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y* ***la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado****"… En la reciente STS 600/2014 del 3 de septiembre, se califica de prevaricación una contratación irregular realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento, razonando que "La existencia de resolución administrativa resulta patente con la* ***existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y con el contrato laboral en el tercero****.*

Hay que recordar que ***por resolución administrativa debe de entenderse cualquier resolución -escrita o no- que tenga carácter decisorio. En definitiva, debe de tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general*** *(STS 627/2006). Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal ".... admitiendo la existencia de actos verbales ..." (STS de 8 de Junio 2012)".*

… El delito de prevaricación no se refiere de modo expreso ***a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir a resoluciones en el sentido de actos decisorio adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo".***

Clásica es en esta materia la STS 149/2015, de 11 de marzo que citan tanto la sentencia de instancia como las partes recurridas, y, también con generosas transcripciones, la STS 200/2018 de la que acabamos de tomar prestado un extenso fragmento. Esa sentencia de 2015 rompía con algún precedente (caso BITEL también citado ya) y daba cabida al juego del art. 404 CP en el marco de la actividad de empresas públicas regidas por el derecho privado. El tema sigue siendo discutido a nivel dogmático, donde incluso algunos creen encontrar cierta munición argumentativa en el nuevo art. 31 quinquies CP. Pero en la jurisprudencia la cuestión está clara. No hay razones para romper con esa línea hoy consolidada y pacífica.

Para ser cooperador de un delito de prevaricación –y con esto salimos al paso de otro argumento- no hace falta saber derecho administrativo; ni es necesario ser especialista en regulación de empresas públicas. Basta ser consciente de que se está participando en una decisión **arbitraria.** No solo los licenciados en derecho –y ni siquiera todos en rigor; solo los especialistas en administrativo si atendemos a los conocimientos que acaba proporcionando el grado académico- pueden ser responsables penales de estos tipos penales. Lo que es una resolución *arbitraria* lo entiende cualquier hombre medio que, por eso, también suele rebelarse e indignarse cuando padece alguna *arbitrariedad,* aunque desconozca qué precepto se está violando. La imposición por la sola voluntad de un cargo de una inversión de cuantiosos fondos públicos, al margen de toda concurrencia y de forma

opaca, sin transparencia, con sometimiento a la voluntad de los contratantes particulares, y sin especiales exigencias o controles, es una decisión arbitraria que emana de un poder público. Conocer con mayor o menor detalle la legislación que se viola no es requisito del tipo subjetivo de la prevaricación.

Las tesis dogmáticas que se hacen valer para defender la impunidad del *extraneus* en estos delitos son tan respetables como contrarias a una también ya muy consolidada jurisprudencia que rige sin fisuras desde los años noventa (incluidas algunas ponencias de uno de los prestigiosos autores que cita el recurso y que durante muchos años desempeñó funciones en esta Sala). No vemos tampoco razones para modificarla. La sentencia de instancia recoge un buen número de precedentes que son inequívocos en ese sentido. Lo hacen también en sus informes las partes recurridas (por todas, SSTS 501/2000, de 21 de marzo, 222/2010, de 4 de marzo, 303/2013 de 26 de marzo ó 773/2014 de 28 de octubre). A ellos nos remitimos.

En cuanto a la vigencia de ciertos principios administrativos en las contrataciones y convenios celebrados hay que asumir el detenido estudio que contiene la sentencia que luego perfila el Fiscal con encomiable detalle y precisión en su dictamen. El recurrente no llega a rebatirlo. Es más, varios de los funcionarios y autoridades implicados en esa prevaricación y en especial Jaume Matas reconocen y aceptan el carácter prevaricador de sus decisiones.

Por lo demás las valoraciones de testificales y otras pruebas que contiene el motivo no pueden ser atendidas por virtud de lo establecido en el art. 884.3º LECrim.

El motivo tampoco puede prosperar.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. - El motivo sexto de Ignacio Urdangarín, cuestiona, desde el art. 849.1º LECrim, la condena como cooperador necesario de un delito continuado de **falsedad documental** cometido por funcionario público.

Lo hace sin reprimir algunas muestras de escaso respeto a la disciplina del cauce casacional elegido. Muchos de sus argumentos se vierten a espaldas del hecho probado. Más aún, llegan a contener reproches por la no práctica de determinadas pruebas encaminadas a desacreditar la legitimidad de algunas de las firmas que se le atribuyen.

Haciendo abstracción de tales defectos, que el Fiscal detecta y señala, aunque sin escudarse en ellos para no pronunciarse sobre el fondo del motivo, analizaremos los temas planteados.

La sentencia no es del todo clara al concretar los hechos que sustentan esta condena. En algún punto, como este, cuesta seguir su hilo argumental, lo que puede disculparse a la vista de la complejidad del entramado y la multiplicidad de hechos, analizados además desde ópticas muchas veces divergentes dada la pluralidad de acusaciones cuyas calificaciones y justificaciones no siempre eran coincidentes.

a) Por una parte, apunta la sentencia al expediente administrativo A/23/2004 que viene a considerar simulado en su integridad. Tal expediente constituye la cristalización formal de una decisión arbitraria. No puede ser directamente imputado a los dos particulares que, junto a los *intranei*, son condenados por estos hechos. En esa actuación -ilegítima y prevaricadora- ni tiene una intervención directa este acusado ni se describe tal colaboración en el hecho probado con la suficiente y, más que deseable imprescindible, claridad.

La sentencia parece hacer pivotar la falsedad en relación a este recurrente y su socio en la resolución que se transcribe parcialmente en el hecho probado fechada el 16 de febrero de 2004 dictada por el gerente del Instituto Balear de Turismo; y en concreto en la aseveración que contiene de una supuesta atribución de exclusividad a la entidad Noos Consultoría Estratégica SL en la elaboración del material promocional del equipo ciclista Banesto-Illes Ballears, pese a que en el expediente no obra documentación que avale la realidad de esa exclusividad. Ese enfoque de la sentencia es, además, congruente con la forma en que el Fiscal concretaba la acusación a

Diego Torres y a este recurrente en sus conclusiones (en particular folios 32.235 y ss. y 32.673 y ss.), similar a la de la acusación popular. Y es también coherente con la exclusión de José Luis Ballester de la acusación del Fiscal por estos hechos.

Con independencia de que algún documento obrante en la causa y que será blandido por otro recurrente, Jaume Matas, permite entender que -se calificase de exclusividad o no- sí que existía una cierta atribución en favor de NCL SL, que, al menos, permite poner en duda la contundencia con que se niega esa relación sin dar lugar ni siquiera al posible equívoco, lo que resulta claro es que los datos no veraces en una resolución de ese tenor no constituyen falsedad necesariamente. La resolución, como declaración de voluntad, no tiene como finalidad acreditar o dar fe de los antecedentes que pueden llevar al acuerdo. Esas premisas pueden estar equivocadas o no ser reales. Pero la función de esa documentación no es acreditar o certificar su realidad o su acierto, sino constatar que se adopta una decisión y sus motivaciones y contenido.

Por tanto, esa afirmación, además de no resultar plenamente acreditado que fuese estrictamente y de forma abierta y clara contraria a la realidad, según se ha dicho, aparece como antecedente explicativo en un texto no destinado a certificar su conformidad con la situación real. Lo mismo que no sería delito de falsedad una resolución sancionadora que recoja como fundamento de la sanción hechos que finalmente no resultan probados o se demuestra que no sucedieron así. Podrá ser prevaricación, pero no falsedad (ni dolosa; ni tampoco imprudente, aunque esos hechos se plasmen así por desidia, descuido o indolencia del autor de la resolución o intencionadamente). El ejemplo sirve para el caso objeto ahora de escrutinio.

El tipo de documento (una resolución) es más idóneo para falsedades materiales, que para falsedades ideológicas del art. 390.1.4º. Y la descrita, encajada en el ambivalente art. 390.1.2, exigiría que se hubiese fingido la adopción de la resolución; que, sin embargo, es real. Otra cosa es que pueda ser tildada de arbitraria. Y otra cosa también distinta que merece otra valoración puede ser el expediente en sí.

En cuanto a los presupuestos remitidos a requerimiento de J. Carlos Alia, para simular una concurrencia o pluralidad de ofertas que era fingida, más allá de que la sentencia llega en algún punto a una conclusión absolutoria (con criterio que el Fiscal pone razonablemente en cuestión, aunque sin haber recurrido frente a ello, sin duda por considerar la impugnación huérfana de practicidad en cuanto había recaído condena como cooperadores de un delito de falsedad continuada), tampoco puede hablarse en rigor de falsedad punible. Se trata, según el hecho probado, de presupuestos de complacencia, pero elaborados por sociedades situadas en el ámbito de dominio de este recurrente y, sobre todo, su socio Diego Torres. No son documentos *simulados*, o inauténticos o no genuinos, aunque puedan ser ciertamente presupuestos confeccionados sin seriedad y sin propósito alguno de ser llevados a cabo ante la previa connivencia para que se aceptase otro. Tampoco es eso actividad falsaria encajable en el art. 390.1.2º. Que no sean presupuestos serios, no significa que fuesen falsos en el sentido del art. 390.1.2 CP. Nótese que en este caso además estamos ante falsedades realizadas por particulares campo en el que la falsedad ideológica tiene un juego muy estrecho (art. 392 CP).

b) Respecto de los hechos que conciernen a la Fundación Illesport, la falsedad radica en el acta de la Comisión ejecutiva de la Fundación Illesport de 12 de enero de 2004. El hecho ilícito, vendría conformado por la simulación del documento en sí mismo considerado, confeccionado con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico la realidad de la decisión arbitraria tomada por el órgano colegiado, cuando fue adoptada unilateralmente, esto es la contratación por la Fundación Illesport con la mercantil (Sofres) para el seguimiento del equipo ciclista. La intervención de los *extranei*- dado que estamos hablando de la falsedad cometida por funcionario público, delito especial propio- estribaría en la designación de la citada empresa, Sofres, como la titular de un derecho de exclusividad, que realmente no ostentaba. Hay inicialmente, o puede haber en ese concreto punto inveracidad, pero no inautenticidad en términos penales de tipicidad.

Nada en el hecho probado, permite atribuir a los dos particulares acusados intervención alguna en la descrita actividad falsaria (simulación del acta). Ni siquiera se afirma que conociesen el documento, ni la inexistencia de una reunión. Constituye falsedad no que se acuerde contratar con Sofres (como efectivamente se hizo) sino que se documente esa decisión como si fuese un acuerdo colegiado adoptado conforme a la normativa interna de la Fundación.

Es significativo que, en sus conclusiones, pese a narrar todos estos hechos (a y b) y considerarlos constitutivos de delitos de falsedad la acusación particular excluyese de estos dos delitos de falsedad a Ignacio Urdangarín y Diego Torres. Consideramos correcta esa valoración.

Los presupuestos creados por las empresas de los mencionados Sres. Torres y Urdangarín, a través de las sociedades Aizoon y Virtual, eran inveraces, pero no inauténticos. Su elaboración tenía como único fin conferir apariencia de legalidad en la contratación de Sofres. La Sala absorbe tales hechos- aportación de presupuestos falsos- en el delito de prevaricación. Pero, aún en otro caso no serían aptos en principio tal y como aparecen descritos en el hecho probado para dar vida a esta tipicidad.

c) Lo que carece de cualquier virtualidad es el intento de validar las reuniones del comité de la Fundación, no celebradas, basándose en que se tomaron otros acuerdos en las mismas actas y fechas. No se enjuician esos otros acuerdos. Desconocemos su contenido, así como los requisitos que debían concurrir para su validez. En lo que a los hechos enjuiciados concierne había una delegación de facultades del patronato de la Fundación a la comisión. Las decisiones no se tomaron en esa comisión levantándose falsamente acta expresiva de que sí existió esa reunión. No se puede pretender que esta Sala convalide esa forma de actuar por más que pudiese ser sistemática, cronificada, o habitual. Es una actuación encajable en el Código Penal. Bien es cierto que esas conductas ni son imputables a este recurrente ni al otro particular ni han sido condenados por ellas según se infiere de una reposada lectura tanto del hecho probado como de los

razonamientos jurídicos que analizan estos temas (apartados -2.7, 2.13 y 3.2- del fundamento de derecho primero).

El relato fáctico describe la conducta de los ***intranei*** confeccionando un expediente simulado, con expresión de reuniones y acuerdos que no se ajustan a la realidad. Se trata de supuestos de falsedad ideológica en términos que veremos con más detalle cuando se analice el recurso de Jaume Matas, quien también participó en la falsedad. Se ha privado a los actos de las posibilidades del control, político, parlamentario y judicial que la administración pública, en sus distintas formas de actuar, debe proporcionar y facilitar, para asegurar su correcto funcionamiento. Sin embargo, y aquí radica la razón de la estimación de este motivo, el hecho probado no describe un aporte de este recurrente a la actuación propiamente falsaria, ni tampoco algún grado de conocimiento respecto de la misma. A esa falta de concreción del relato también contribuye la poco precisa acusación cuando imputa estos hechos a los *extranei*.

Respecto a los funcionarios y autoridad condenados por esos hechos (expediente de IBARTUR, resolución e informe, acta de la Comisión de la Fundación…) su situación es sustancialmente diferente y no asimilable a la de los particulares. No solo por razones procesales (no han recurrido y admitieron su responsabilidad), sino fundamentalmente por razones de fondo derivadas tanto de su condición –funcionarios- como de su específica intervención en documentación falsaria (expediente) de la que no puede responsabilizarse a los particulares.

Debiendo prosperar este motivo, su repercusión penológica se concretará en la segunda sentencia a dictar. Bien es verdad que como el delito de falsedad quedaba inmerso en un triple concurso ideal la trascendencia punitiva será escasa.

El motivo es estimable. Procede la casación de la sentencia en esos particulares.

VIGÉSIMO OCTAVO. - El motivo séptimo por la vía del art. 849.1º LECrim desarrolla una queja por indebida aplicación el art. 432.1 CP (delito de **malversación de caudales públicos**).

Aunque no discurre por esos derroteros la queja del recurrente, no sobra, como hace el Ministerio Fiscal, recordar que no puede cuestionarse a estos efectos la naturaleza pública de los fondos sustraídos que la sentencia cuantifica en 445.000 euros, pagados por instigación del ahora recurrente a Noos, pese a no haberse producido la correlativa contraprestación. Los servicios a que obedecían esos pagos no se habían llevado a cabo.

El Acuerdo de pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2017, consolida y da formulación completa a criterios que ya estaban presentes, aunque de forma fragmentaria y carente de esa visión integral, en la jurisprudencia precedente. Según tal acuerdo,

"1.- Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.

1.2.- Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.

1.3.- Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

1.3.1.- Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

1.3.2.- Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

1.3.3.- Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad".

El motivo discute, empero, la participación en los hechos del recurrente, de forma no cohonestable con su formato: art. 849.1º LECrim. Como ya había abandonado la sociedad en la que participaba con su socio, el

coacusado, Diego Torres y siendo esa la sociedad que percibió el dinero, no podría achacársele tal conducta, expone.

La lectura del hecho probado –desde la óptica del art. 884.3º LECrim- se convierte en la más suasoria refutación del motivo:

"*Ya en el ejercicio 2006, la ascendencia de D. Ignacio Urdangarín procura nuevamente la adopción de la decisión verbal y unilateral de contratar a la Asociación Instituto Nóos para la celebración de una segunda cumbre en Baleares. Para revestir formalmente esa decisión, del mismo modo que en las actuaciones precedentes, don Gonzalo Bernal García, siguiendo las indicaciones de D. José Luís Ballester Tulies- respecto de las que no consta oposición alguna por parte del President del Govern, D. Jaume Matas Palau, elabora cuatro actas. (...)*"

"*… en el curso de estos contactos, documentados en lo que se vino a denominar "Actas de contacto", D. José Luis Ballester, exigió a los representantes del Instituto Nóos el cumplimiento de las estipulaciones convencionales concernidas a dichos extremos… Desde esas fechas (principios del año 2007), D Ignacio Urdangarín mantuvo reiterados contactos telefónicos con D. José Luis Ballester Tuliesa en el curso de los cuales le exigió el pago de la cantidad pendiente, relacionada con los servicios correspondientes al Observatorio Permanente y al Plan Estratégico. Exigencia que fue reiterada por D. Ignacio Urdangarín pese a que el Sr. Ballester puso en su conocimiento que los servicios comprometidos no habían sido ejecutados.*

Finalmente, D. José Luis Ballester con el beneplácito del President del Govern, D. Jaume Matas Palau -interesado en evitar controversias ante el inminente compromiso electoral al que concurría como candidato a la Presidencia de la Comunidad Autónoma de Baleares- accedió al pago de la cantidad restante, con el cumplido conocimiento de que tales prestaciones convencionales no trascendieron más allá de una fase preliminar y nunca llegaron a ejecutarse de forma efectiva".

Se describe, así pues, una implicación en la actividad malversadora (pago indebido) que encajaría en dos formas de participación: tanto la inducción como la cooperación necesaria. Ciertamente no es autor directo. Ni puede serlo por faltarle la condición de funcionario o autoridad que tenga encomendada la administración de fondos públicos. Es otro el autor directo. Pero sí puede ser tanto cooperador necesario como inductor sin perjuicio de que, al tratarse de un *extraneus*, pueda ser beneficiario, como lo ha sido, de una rebaja penológica (art. 65.3 CP).

La responsabilidad por un delito de malversación de caudales públicos no exige lucro propio. Por tanto, no es relevante si el recurrente o alguna de

sus sociedades obtuvo algún beneficio directo o indirecto de esos fondos detraídos del erario público. No afecta ello a la tipicidad en modo alguno como tiene declarada una jurisprudencia abundante que recoge en su dictamen el Fiscal y que, por otra parte, no hace más que proclamar lo que se deduce de la lectura del art. 432 CP. Aún así es otra conclusión la que dimana de la sentencia.

VIGÉSIMO NOVENO. - Se lucha en un nuevo motivo (octavo) canalizado por la vía del art. 849.1º LECrim. por la absolución por el delito del art. 436 CP.

Recordemos tomando como guía el dictamen del Ministerio Público algún pronunciamiento de esta Sala sobre esa tipicidad ya analizada en algún fundamento de derecho anterior destinado a resolver uno de los motivos de casación del Fiscal, aunque con una perspectiva diferente. Dice la STS 67/2017 de 8 de febrero:

"Respecto al delito de fraude a la administración, (...) la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la administración, y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su persecución por parte de los funcionarios públicos, encargados de un proceso de contratación pública que se conciertan con interesados en la actuación administrativa. Se trata de una finalidad perseguida, un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la preposición "para", describiendo la finalidad pretendida. En términos de la STS 682/1998, de 19 de mayo, "La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza... no requiere que el funcionario se hay enriqueciendo personalmente, ni que el Estado haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consuma por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio del Estado. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar el mismo". En esta tipicidad no es precisa la efectiva realización del perjuicio, sino su persecución, y a esa declaración de concurrencia puede llegarse a partir de una prueba directa acredite, por ejemplo, la venta por debajo de un precio procedente, o a través de un análisis de la situación concurrente en el hecho del que resulta esa intención, pudiendo darse la situación en que persiguiendo esa finalidad, la realidad, por variadas causas pueda ser distinta e, incluso, el precio satisfecho fuera superior al de mercado, pues lo relevante es la finalidad pretendida y el riesgo generado. Cuestión distinta es la perspectiva del delito de estafa en el que la falta de acreditación del valor de mercado como valor distinto al de venta a terceros, impide la subsunción en el delito de estafa por el que se acusó y fue absuelto al no acreditarse la efectiva causación del perjuicio. En este sentido una reiterada jurisprudencia de esta Sala ratifica que la tipicidad

en el delito de fraude a la administración se alcanza con "la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de artificios con la finalidad de llevarlo a cabo" (SSTS 797/2015, de 13 de diciembre, 806/2014, de 23 de diciembre, 185/2016, de 4 de marzo)".

Estamos ante un delito de mera actividad. Esto no es baladí. Se consuma con el concierto. No se exige perjuicio efectivo para la perfección delictiva.

La sentencia excluye esta infracción en lo atinente a la confección de la página web y la elaboración de los elementos promocionales pues entiende no demostrado un perjuicio bien proyectado, bien producido para la entidad pública.

Se absuelve también por tal delito que las acusaciones anudaban a otros eventos pactados.

Sí se aprecia respecto de los hechos referidos a la Oficina del Proyecto. Y en efecto concurren todos los elementos que integran el delito de fraude a la Administración.

Pese a que los servicios de NCE SL fueron contratados por la mercantil Abarca Sport, quien asumió el coste en sus tres cuartas partes fue la Fundación Illesport, aunque no fue la beneficiaria. Con tal finalidad se concertaron Autoridad y funcionarios públicos, con Torres y Urdangarín. No es cuestionable el perjuicio para las arcas públicas asumiendo esos costes. Abarca Sport abonó solo 50.000 euros. La Fundación Illesport, en cambio, pagó a la empresa de los acusados una cantidad más de tres veces superior por servicios que prestaban a Abarca Sport. La secuencia de fechas que establece la sentencia es muy significativa y expresiva de esa concertación.

La entidad pública no obtuvo beneficio sufriendo el detrimento de ese importe, tal y como concluye el Fiscal.

La motivación sobre este punto de la sentencia, tanto jurídica como fáctica, aunque a veces dispersa, es suficiente.

No es planteable ahora si podíamos estar ante una malversación ni tampoco la compatibilidad de ésta con el fraude que la Audiencia niega.

Se simuló un acuerdo unánime de la comisión ejecutiva de la Fundación Illesport, para realizar un contrato de prestación de servicios. Ni se produjo ese acuerdo, ni se firmó contrato alguno entre la entidad pública y NCE SL. Sí se atendieron las facturas. La sociedad se limitó a emitir las facturas, abonadas diligentemente por el gerente de la Fundación.

No cabe sino confirmar la acertada aplicación del art. 436 CP.

TRIGÉSIMO. - Cuestiona el siguiente motivo (noveno) la condena por el delito de **tráfico de influencias** del art. 429 CP y la cuestiona a través del art. 849.1º LECrim.

El art. 429, en su redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos, castigaba al "*... particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero...*".

No hay cuestión en cuanto a la condición pública como autoridad/funcionario de las personas requeridas. Tampoco en cuanto a la finalidad lucrativa. Los problemas de subsunción denunciados tienen que ver con la exigencia de un prevalimiento basado en la relación personal directa con el funcionario o autoridad o con otra autoridad (en este caso, la persona del Jefe del Estado).

El término *"influir"* -ejercer predominio o fuerza moral- resulta excesivamente amplio. Por eso se combina en la norma con el verbo *"prevalerse".* El legislador incluye de esa forma tanto el ejercicio de las facultades del cargo como las relaciones personales y jerárquicas, según ha declarado esta Sala en apostilla que recuerda con toda pertinencia el informe del Fiscal.

Puede atenderse a cualquier relación familiar, afectiva o de amistad. El "prevalimiento" es elemento diferenciador frente a la influencia desnuda o despojada de cualquier otro aditamento; que sería atípica.

Como en todo escenario penal se impone una interpretación restrictiva. Ha de suponer una presión (moral, sin necesidad de llegar a los escalones inferiores de la coacción) que constriña la libertad del funcionario o de la autoridad que debe adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo.

La utilización en el delito de tráfico de influencias de los vocablos «influir» y «prevalimiento» nos enseña que no basta la mera sugerencia o recomendación aséptica y esporádica. Es necesario, por un lado, que la conducta delictiva se realice por quien se encuentra en una posición de cierto *ascendiente*; y, por otro, que el influjo tenga entidad suficiente para ser potencialmente eficiente por la situación prevalente que ocupa quien influye (STS 373/2017, de 24 de mayo, con cita de otras)

Ese ascendiente o influjo ha de venir reflejado en el *factum*.

Se pueden citar, varios precedentes que ya forman un abundante cuerpo de doctrina. En la exégesis de estos preceptos no podemos olvidar tampoco algunos textos internacionales. Son dignos de mencionar especialmente el art. 12 del Convenio Penal contra la corrupción 173 del Consejo de Europa (27 de enero de 1999 en vigor en España desde el 1 de abril de 2010) o el art. 18 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (31 de octubre de 2003, ratificada por Espala el 19 de julio de 2006, BOE 19 de junio de 2006). No es que la condena se funde en ellos: su entrada en vigor es posterior a los hechos. Pero ayudan a enmarcar estos delitos.

La STS 373/2017, de 24 de mayo, se refiere al artículo 428 CP. No obstante, sus consideraciones pueden trasladarse a la exégesis del art. 429 CP.

Declara esta resolución lo siguiente:

«*Respecto al tráfico de influencias en SSTS 657/2013 de 15 julio, y 426/2016 de 19 mayo, recordamos en relación a dicho delito la jurisprudencia de esta Sala vid 480/2004 de 7 abril- en el sentido de que la utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento nos indica que no basta la mera sugerencia sino que la conducta delictiva ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye».*

(…) «La sentencia explica con claridad la estrecha relación personal entre este acusado y C. que le permitía de forma reiterada no una vez aislada sino de manera habitual realizar llamadas a esta para recomendarles a diferentes personas que eran en general aprobadas por aquella o por las personas con las que C. hablaba. El acusado era Guardia Civil no un particular percibiendo su retribución por tal condición, aunque estuviera de baja en los días en que ocurrieron los hechos, manteniendo por ello su relación funcionarial, que sin perjuicio de su baja temporal en el servicio, no le impedía extralimitarse en sus funciones públicas. Y en virtud de su relación de amistad la llamada de este acusado establecía una influencia ilícita en C. que por su parte realizaba gestiones en algunos casos con su compañero M., o con algún otro, o simplemente asumía ella el buen fin de la prueba a realizar a quienes les indicaba el recurrente. Y no eran meras sugerencias las que realizaba sobre C. sino que la conducta delictiva se realizaba por quien ostentaba una situación de ascendencia y el influjo tenía la suficiente entidad para asegurar su eficiencia. Y el acusado no utilizó esa influencia de manera esporádica, sino que no tenía reparo en usar y abusar de ella en reiteradas ocasiones poniendo de manifiesto la eficacia de sus gestiones».

De la STS 485/2016, de 7 de junio, de signo absolutorio en relación a esta acusación, extraemos dos pasajes.

«*… no revelan una intensidad suasoria tal que se les pueda atribuir influencia determinante en quienes habían de dictar la resolución pretendida. Esta era, no se puede olvidar, la modificación del PGM y el PMU. Y no las que en el procedimiento seguido al respecto eran necesarias de manera interlocutoria. A este respecto conviene recordar que quien había de adoptar la decisión y, por ello, era el sujeto típico destinatario de la influencia, no eran los funcionarios coacusados. Antes, al contrario, la exclusión de éstos como destinatarios de la influencia es inherente a la tesis misma de la acusación que le considera conspiradores conjuntamente con los gestores de la Fundación.*

Pues bien, no parece que los actos de los penados que se describen consistentes en trasladarles que "estaban preocupados" o en pedirles "urgencia" (hecho probado A, a,) fueran de entidad suficiente para domeñar a las Autoridades competentes para la firma de los convenios: El Conseller o el Teniente Alcalde. La sentencia atribuye a los penados "ascendencia moral" sobre los influidos. Si por ascendencia se entiende una cualidad que erige al que la posee en ser capaz de influir en quienes se relacionan con éste, tal aserto, al atañer a los aquí penados y a las máximas Autoridades representativas del pueblo catalán, queda, en el mejor de los casos sin aval probatorio. Más, si cabe, en el orden moral. (…)

Dada su proximidad cronológica (es el último pronunciamiento de esta Sala Segunda sobre la tipicidad del art. 429 CP) y su afán recopilador de todo ese cuerpo de doctrina compensa transcribir la extensa exposición que contiene la STS 214/2018, de 8 de mayo:

Analizamos la subsunción en el delito de tráfico de influencias. La tipicidad del art. 429 del Código penal exige una situación de prevalimiento que es aprovechada para la obtención de una resolución que le pueda beneficiar a él o a un tercero, de manera directa o indirecta. La utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento es sugerente del contenido de la tipicidad: situación objetiva de prevalimiento, por razones de amistad, jerarquía, etc., a la que debe sumarse un acto de influencia. No basta la mera sugerencia y la conducta debe ser realizada por quien ostenta una posición de prevalencia que es aprovechada para la influencia. El bien jurídico protegido por la norma es la defensa de la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública (STS 480/2004, de 7 de abril) y la influencia debe consistir en una presión moral eficiente sobre la acción o la decisión de otra persona, derivada de la posición o status del sujeto actico (STS 335/2006, de 24 de marzo).

La jurisprudencia de esta Sala ha contemplado la tipicidad de esta conducta a partir de una diferenciación con conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal: Reproducimos la STS 485/2016, de 7 de junio:

a) La influencia entendida como presión moral eficiente sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (STS 29 de junio de 1994). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.

b) La finalidad de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere --directa o indirectamente- un beneficio económico, -para el sujeto activo o para un tercero- entendiendo el concepto de resolución en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido.

Quedan por ello fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico (SSTS de 28 enero 1.998,12 febrero 1.999,27 junio 2.003,14 noviembre 2.003, 9 abril 2007,1 diciembre 2.008,1 julio 2.009 y 2 febrero 2.011, aun cuando

se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos).

c) En el caso del artículo 429 del Código Penal, que aquella influencia sea actuada en el contexto de una situación típica: la relación personal del sujeto activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad. Si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.

Como recuerda nuestra más reciente STS 300/2012 antes citada, en lo que concierne al elemento de la influencia se excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente.

De la misma manera que se excluye del artículo 428 la actuación de funcionarios que se dirigen al que ha de resolver incluso siendo superiores si no se abusa de la jerarquía, tampoco basta que un ciudadano trate de influir espuriamente en el funcionario que resuelve si no mantiene con él una relación que deba considerarse de naturaleza "personal" y, además, se prevale de la misma. (STS 485/2016, de 7 de junio).

Respecto al tráfico de influencias, en SSTS 657/2013 de 15 julio, y 426/2016 de 19 mayo, recordamos en relación a dicho delito la jurisprudencia de esta Sala -vid 480/2004, de 7 abril-, en el sentido de que la utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento nos indica que no basta la mera sugerencia sino que la conducta delictiva ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye. Y en la Sentencia 300/2012, de 3 de mayo, que recoge sentencias anteriores, se expresa que el bien jurídico protegido consiste en la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Es un delito especial cuyo sujeto activo debe tener la condición de "autoridad" o "funcionario público", conforme a los requisitos que exige el art. 24 del Código Penal. Solo admite la forma dolosa y no se puede cometer por omisión (STS 480/2004, de 7 de abril). El primero de los elementos del delito es ejercer influencia. La influencia consiste en una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente. Este es el concepto que se deduce de nuestra jurisprudencia, pues por ejemplo la sentencia núm. 480/2004, de 7 de abril, nos

dice que el acto de influir debe ser equiparado a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye. Y la sentencia núm. 537/2002, de 5 de abril, que la influencia consiste en ejercer predominio o fuerza moral. Por lo general la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (SSTS 29 de octubre de 2001 y 5 de abril de 2002, citadas y reiteradas en la de 7 de abril de 2004). La sentencia de esta Sala de 24 de Junio de 1994 (núm. 1312/94) señala que: "El tipo objetivo consiste en "influir"… es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión". Esta sentencia, pone ya de relieve tres importantes precisiones que delimitan el ámbito de protección de la norma aportando seguridad jurídica en su aplicación. En primer lugar, que la influencia debe ejercerse para alterar el proceso motivador del funcionario influido, lo que excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente. En segundo lugar, que el tipo exige el abuso de una situación de superioridad, como ha señalado acertadamente la doctrina, por lo que no penaliza genéricamente cualquier gestión realizada por quien ostenta un nivel jerárquico superior, sino únicamente aquellas en que dicha posición de superioridad se utiliza de modo desviado, ejerciendo una presión moral impropia del cargo. En tercer lugar, que en este delito de tráfico late siempre un interés espurio por ejercer la influencia o presión moral sobre el funcionario o autoridad que debe dictar determinada resolución con la finalidad de introducir en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos. La acción tiene que estar dirigida a conseguir una resolución beneficiosa. La inclusión por el Legislador de la expresión resolución, que tiene un significado técnico específico, deja fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico (SSTS de 28 enero 1.998, 12 febrero 1.999, 27 junio 2.003, 14 noviembre 2.003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2.008, 1 julio 2.009 y 2 febrero 2.011), aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos.

De la jurisprudencia expuesta y de los trabajos doctrinales sobre esta figura delictiva se puede alcanzar una delimitación de los elementos que le caracterizan.

El bien jurídico que se trata de proteger es que la actuación de la administración se desarrolle con la debida objetividad e imparcialidad.

Es un delito especial cuyo sujeto activo debe tener la condición de "autoridad" o "funcionario público", conforme a los requisitos que exige el art. 24 del Código Penal.

En el tipo objetivo el verbo nuclear es influir con prevalencia. El influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye, es decir presión moral eficiente sobre la decisión de otro funcionario. Sobre este elemento, que es esencial para diferenciar la conducta delictiva de la que no lo es, hay que insistir considerando que sólo podrá existir una conducta típica cuando sea idónea y con entidad para alterar el proceso de valoración y ponderación de intereses que debe tener en cuenta el que va a dictar una resolución, como dice nuestra jurisprudencia que sea eficaz para alterar el proceso motivador por razones ajenas al interés público.

El delito exige, además, el prevalimiento, en una de las tres modalidades que el Código contempla: bien por el ejercicio abusivo de las facultades del cargo; bien por una situación derivada de una relación personal (de amistad, de parentesco etc.); bien por una situación derivada de relación jerárquica, que se utilizan de modo desviado, ejerciendo una presión moral sobre el funcionario influido.

La acción tiene que estar dirigida a conseguir una resolución beneficiosa para el sujeto activo o para un tercero. Por resolución habrá que entender un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados. Quedan, pues, fuera del delito aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información o conocimiento de datos, etc.

No se exige que la resolución que se pretende sea injusta o arbitraria y el tipo básico tampoco exige que se hubiere dictado.

El tipo subjetivo solo admite la forma dolosa. Y se entiende existente cuando el sujeto tiene conocimiento de que se influye con prevalimiento con la finalidad de conseguir una resolución beneficiosa. (STS 373/2017, de 16 de mayo).

Del relato fáctico debe resultar, de una parte, la situación en la que fundar la situación de prevalimiento a la que debe sumarse la influencia, sin que este llegue a suponer la realización de un hecho delictivo, basta con la influencia que genere una decisión que favorezca, de forma directa o indirecta al influyente o a un tercero.

La STS 1026/2009, de 16 de octubre es una de las últimas que se enfrenta a esta tipicidad aplicando todavía el CP de 1973. El supuesto de hecho hace referencia a la adjudicación irregular de la gestión de una empresa municipal. Estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, condena a uno de los acusados como cómplice de un delito de prevaricación y como autor de un delito de tráfico de influencias. Se vierten consideraciones sobre los elementos relevantes del

factum respecto de tal acusado, a quien en la instancia se le había atribuido la comisión de un delito de tráfico de influencias que finalmente se declaró prescrito. Alude la sentencia a la estrecha relación entre los delitos de prevaricación y tráfico de influencias, lo que, como se intuye fácilmente, es relevante en relación a los hechos ahora enjuiciados.

Otro de los allí acusados, cuya condena también se instaba es exculpado. Se entiende que no había base para sustentar una condena por el delito de tráfico de influencias, pues **el *factum* no reflejaba ninguna intervención del aludido** que permitiera responsabilizarle de la imputación que se le hizo. La simple relación con quien sí fue condenado por tráfico de influencia no bastaba para atraer respecto de él igual imputación.

Destacamos algunos fragmentos:

«5. Dicho lo anterior es necesario destacar que el Fiscal ha hecho hincapié en algunos aspectos del factum, de los que puede claramente desprenderse que la actividad de M., si no decisiva o determinante, sí fue relevantemente influyente, hasta el punto de poderse integrar dentro de la modalidad de cooperación al delito no necesaria (complicidad). En la sentencia es significativo el hecho probado 6º, por un lado y los 7, 10, 14 y 22 por otro. Los fragmentos que merecen destacase del motivo articulado son los siguientes:

a) Hecho probado 6º, folios 67 y 68 (motivación fol. 112). El primer Teniente de Alcalde, Sr. F., para culminar la privatización de la EMSFM ".... inició una ronda de entrevistas con personas y entidades que habían mostrado interés en participar, ... en las que estuvo presente M., quien a partir de ese momento y sin que conste la existencia de contrato para ello, se convirtió en el asesor directo del primer Teniente de Alcalde en el proceso para la integración de capital privado en la EMSFM...". "Esta posición permitió a M. conocer los posibles licitadores, sus expectativas y sus condiciones para participar".

"Entre los posibles licitadores interviene T. ... con el cual entró en contacto M., iniciándose entre ellos una intensa colaboración dirigida a que Funespaña S.L. bajo su dirección, formulara una oferta que contuviera los elementos necesarios mínimos para satisfacer las exigencias de los órganos municipales a los que el propio M. estaba asesorando, asegurando con ello la adjudicación del concurso, a cambio de su participación posterior en la sociedad adjudicataria en el control de EMSFM".

b) En los demás hechos probados mencionados antes aparecen datos destacados en dirección a la colaboración e influencia en la decisión final del proceso privatizador. Entre ellos:

1) Hecho probado 7º, folio 77 y 75 (motivación fol. 120). El Sr. F. "mantuvo reuniones con el Jefe de Departamento de sanidad y otros funcionarios, en los que también estuvo

presente M., para buscar la fórmula más adecuada que permitiera la integración de capital privado en la EMSFM..."

2) Hecho probado 10º, folios 74 y 75 (motivación fol. 120) "Durante la exposición del anuncio del concurso continuaron las entrevistas entre el Sr. F y D. M....".

3) Hecho probado 14º, fol. 86 (motivación fol. 125 y 129) " M..... transmitió su particular y sesgada opinión sobre la situación económica de la empresa funeraria y sobre las ofertas.... trasladando al Sr. F. y al Sr. A. el convencimiento de que si no se procedía a la adjudicación del concurso la empresa mixta habría de proceder a la disolución".

4) Hecho probado 22º, fol. 94 (motivación fol. 132). "El 3 de febrero de 1993 el Presidente de EMSFM suscribió (una vez asesorado sobre su contenido por M.) con T. contrato de gestión...".

6. Las referencias factuales descritas y otras complementarias, que las desarrollan en la motivación de hechos y en la fundamentación jurídica, nos indican que el asesoramiento prestado por el acusado M. no "era superfluo" en orden a la toma de decisión de adjudicar el concurso a Funespaña. Lo sería a efectos de legalidad, en tanto el primer Teniente de Alcalde tomó en consideración los informes de los técnicos municipales, pero frente a la alternativa de declarar desierto el concurso, de exigir a los concurrentes la asunción de obligaciones complementarias y de la elección de adjudicatario, sí tuviera relevancia las intensas gestiones, instigaciones y sugerencias hechas cerca del Sr. F. para que actuara en la línea pretendida por el acusado Sr. M., quien ocultaba a la Corporación el interés que ostentaba tras la sociedad de Funespaña, uno de los aspirantes a la adjudicación y ello bajo la condición de que fuera condonada la deuda salarial que tenía la empresa municipal con el Ayuntamiento de Madrid, cuantificada en 30 de septiembre de 1992 en 2.274.747.643 pesetas ...., como así se acordó en el Acuerdo del Pleno Municipal de 26 de febrero de 1993 (hecho probado 23, fol. 96). El 49% en que resultó beneficiada Funespaña alcanzaría la cifra de 1.236.270.000 pts, según hechos probados.

7. La sentencia, en su fundamento jurídico 2º, no excluye la posibilidad de responder por complicidad en el delito de prevaricación al acusado Sr. M., en tanto admite, en consonancia con la jurisprudencia y el Código Penal (art. 65-3), la participación de "extraneus" en las modalidades de "inducción", "cooperación necesaria" y "complicidad", ésta última, según explicaba la sentencia, caracterizada por "la participación en el hecho delictivo de modo accidental y no condicionante en cuyo caso se exige el previo conocimiento del delito que se va a cometer y la voluntaria prestación de ese auxilio secundario..." (ver pag. 182).

Pero el fundamento jurídico siguiente (3º), cuando trata del delito de tráfico de influencias desarrolla argumentaciones precisas en las que concluye de forma rotunda acerca de la existencia de tal delito, cometido por el Sr. M., en el que la no exigibilidad de responsabilidad criminal venía de la mano de la prescripción que estimaba producida.

Mas, lo que aquí interesa es que la acción desplegada por el acusado M. constituía una clara "sugestión, invitación o instigación a la persona del Sr. F., artífice de la privatización, a que resolviera en un determinado sentido, desde luego en favor de Funespaña en la que poseía claros intereses. Así la pag. 183 de la sentencia nos dice que la

acción típica de "influir" en un funcionario público o autoridad en el caso de autos "lo constituye el hecho del asesoramiento permanente al Sr. F., al que convenció además de la necesidad de adjudicar el concurso, alegando que la entidad en otro caso debería de declarar la quiebra" , comportamiento que supone, sin ningún género de dudas, un aporte causal relevante en la toma de decisión a la hora de adjudicar el concurso y de condonar la deuda de la empresa con el Ayuntamiento, que a instancias del Sr. Franco acordó el Pleno de 26 de febrero de 1993.

8. En el particular indicado procedería la estimación parcial del motivo del Fiscal, en el sentido de que la conducta del acusado Sr. M. no integra una cooperación necesaria a la prevaricación, sino una cooperación no necesaria (complicidad), ya que el Sr. F. también actuó tomando como referente algunos informes de los técnicos municipales. No cabe, a este nivel dialéctico, considerar autónomamente el delito de tráfico de influencias, a la vista de que el Fiscal reputaba ínsitas y consumidas en el de prevaricación las actividades desplegadas de presión o sugestión influenciadora en favor de sus intereses. El principio de congruencia con las pretensiones del recurso hacen decaer la posibilidad de sancionar por el primer delito (tráfico de influencias que se dice prescrito), pero al responder por el delito de prevaricación, dada la simbiosis existente entre ambos, hasta el punto de reputarlo el Fiscal consumido en el mismo, no sería posible plantearse tal opción, aunque sí en el planteamiento correspondiente de la acusación popular del Partido Socialista, por lo que deberán en aquel momento examinarse los efectos de la estimación parcial del presente motivo.

9. ***Por último y respecto a la responsabilidad de T., el Fiscal la justifica por la relación existente con M., pero ni en los hechos probados ni en la comisión del delito de tráfico de influencias se atribuye a este acusado ningún concierto o aporte causal al delito de prevaricación. La simple relación con el Sr. M. y el acuerdo económico que pudiera mediar entre ellos, tampoco constituye base fáctica para sustentar una condena por el delito de tráfico de influencias que la Audiencia estima cometido, pues ninguna intervención se refleja en el factum de T. que pueda responsabilizarle de la imputación que se hace.».*** (enfásis añadido).

Tras esta panorámica jurisprudencial, volvamos a los hechos objeto de escrutinio casacional.

Estas son las secuencias del hecho probado relevantes a estos efectos:

a) Inicialmente en el contexto de unos hechos preliminares se expresa: "*Para la consumación de tal propósito, D. Ignacio Urdangarín Liebaert, a su vez, contacta con D. José Luís Ballester Tuliesa, a quien le unía una estrecha relación de amistad y acababa de ser nombrado Director General de Deportes por D. Jaume Matas Palou en fecha 5 de Julio de 2003 (BOIB nº 97 EXT de 7 de Julio de 2003).* ***Prevaliéndose***

de esa íntima relación de amistad y de su privilegiado posicionamiento institucional, *se presentó ante el Sr. Ballester como interlocutor cualificado de los representantes del Equipo Ciclista Banesto, D. Eusebio Unzué y D. José Miguel Echávarri García, en la medida en la que manifestó disponer de influencia sobre ellos, arrogándose facultades de representación, al afirmar que hablaba en su nombre, consiguiendo con ello la intermediación de D. José Luís Ballester Tuliesa ante el President del Govern Balear, D. Jaume Matas Palou.*

Tal intermediación se materializó cuando D. José Luís Ballester Tuliesa elevó al President del Govern Balear (D. Jaume Matas Palou), la propuesta de patrocinio del referido equipo ciclista que le había sido previamente trasladada por D. Ignacio Urdangarín Liebaert. (énfasis añadido).

b) Refiriéndose ya a los Convenios de colaboración Illes Balears Forum proclama la Audiencia:

"Entre finales del año 2004 y principios del año 2005, D. Ignacio Urdangarin Liebaert y D. Jaume Matas Palou mantuvieron una serie de encuentros, en el curso de los cuales, D. Ignacio Urdangarin propuso al entonces President del Govern, llevar a cabo un evento relacionado con el turismo y el deporte.

*Como ocurriera con relación a los hechos precedentes****, la ascendencia ejercida por D. Ignacio Urdangarin Liebaert, nacida de la íntima relación de amistad que mantenía con el entonces Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa y, fundamentalmente, del privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba, dada su proximidad a la Jefatura del Estado- por cuanto en aquellas fechas formaba parte de la Familia Real, con ocasión de la relación de parentesco que por vínculo matrimonial había adquirido-, propició que el President del Govern decidiera aceptar la propuesta, omitiendo los trámites legalmente establecidos*** *y, convocara una reunión en el Consolat de la Mar, en la que de además de D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Diego Torres Pérez y el propio President del Govern, D. Jaume Matas Palou, se hallaban presentes: El Consejero de Turismo, D. Joan Flaquer Riutort; La Consejera de Presidencia y Deportes, Dña. Rosa Puig Oliver; La Directora General del Gabinete Técnico de Presidencia, Dña. Dulce Linares Astó; El Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa y, el entonces Gerente del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), D. Raimundo Alabern de Armenteras.*

En el transcurso de la citada reunión, D. Ignacio Urdangarin Liebaert expuso verbalmente el proyecto relativo a la realización de un Foro Internacional sobre Turismo y Deporte al que concurrirían destacadas personalidades relacionadas con estos dos ámbitos, cuya organización correría a cargo de la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, remarcando con una particular insistencia que se trataba de una asociación sin ánimo de lucro.

Seguidamente, el President del Govern instó a D. Ignacio Urdangarin Liebaert para que presentara el proyecto documentado y se lo entregará a la Directora General del

Gabinete de Presidencia, Dña. Dulce Linares Astó, adjuntando al mismo un presupuesto que contuviera detallado su coste.

Como aconteció en las anteriores contrataciones, la decisión previa, verbal y unilateralmente adoptada por el President del Govern fue revestida, con posterioridad, de ciertas formalidades con la intención de dotarla de una apariencia de legalidad. Simulando, para la consecución de tal propósito, que las decisiones concernidas a tal contratación habían sido adoptadas por los órganos que integraban la Fundación Illesport, en las que se comprometía, a su vez, la participación del Instituto Balear de Turismo (IBATUR)".

La Sala de instancia sienta como acreditado que el acusado, a través de su amistad con el coacusado, Director de deportes, y la situación de privilegio de que disfrutaba como consecuencia de su matrimonio con una hija de quien era entonces Jefe del Estado consiguió mover la voluntad tanto de José Luis Ballester como de Jaume Matas para obtener la contratación con la Asociación Instituto Noos y celebrar la cumbre de 2005 y, singularmente, para que se llevase a cabo orillando toda concurrencia, y los condicionantes que podrían derivarse de una tramitación ajustada a la legalidad.

Tras un sintética y apretada, pero correcta y atinada, exposición de las pautas elaboradas por la jurisprudencia para interpretar este tipo penal, en sintonía con la que aquí acabamos de realizar, razonará la Audiencia en el correspondiente fundamento de derecho:

"Del análisis de la sentencia trascrita advertimos, a modo de síntesis, que el bien jurídico que protege el delito de tráfico de influencias es que la actuación de la administración se desarrolle con la debida objetividad e imparcialidad. El verbo nuclear es influir con prevalencia. El influjo debe tener entidad suficiente por la situación prevalente que ocupa quien influye, es decir, presión moral eficiente sobre la decisión de otro funcionario. Este elemento resulta esencial para diferenciar la conducta delictiva de la que no lo es. Sólo podrá existir la conducta típica cuando sea idónea y con entidad para alterar el proceso de valoración y ponderación de intereses que debe tener en cuenta el que va a dictar una resolución, esto es, debe ser capaz de alterar el proceso motivador por razones ajenas al interés público. La acción exige el prevalimiento, en una de las tres modalidades: bien por ejercicio abusivo del cargo; bien por una situación derivada de una relación personal (de amistad, parentesco…etc); bien por una situación derivada de relación jerárquica, utilizadas de modo desviado, ejerciendo una presión moral sobre el funcionario. Asimismo, la acción tiene que estar dirigida a obtener una resolución beneficiosa para el sujeto activo o para un tercero. Por resolución debe entenderse un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los

administrados, quedando fuera del tipo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución. Si bien no se exige que la resolución sea injusta o arbitraria y el tipo básico tampoco exige que se hubiera dictado. Por último, el elemento subjetivo exige la forma dolosa que se entiende existente cuando el sujeto tiene conocimiento de que se influye con prevalimiento con la finalidad de conseguir una resolución beneficiosa.

El acopio probatorio practicado ha permitido estimar acreditado que D. Ignacio Urdangarin Liebaert, concertado para ello con su socio, D. Diego Torres Pérez, se sirvió de la relación de amistad íntima que le unía al recién nombrado Director de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa, y del privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba, dada su proximidad a la Jefatura del Estado, por cuanto en aquellas fechas formaba parte de la Familia Real, con ocasión de la relación de parentesco que por vínculo matrimonial había adquirido, y prevaliéndose de ambas circunstancias, siendo ésta última la que le procuraba el ejercicio de ***una presión moral de entidad suficiente como para mover la voluntad de la autoridad y los funcionarios públicos,*** *obtuvo de aquéllos una declaración de voluntad de contenido decisorio consistente en la contratación de la Asociación Instituto Nóos con la finalidad de que diseñara y organizara una cumbre internacional sobre turismo y deporte, con el consiguiente beneficio que dicha decisión les procuró. No obstante lo anterior, y si* ***bien la influencia desplegada por el acusado le permitió asegurar la contratación, por cuanto la preterición del trámite legal sirvió para omitir la publicidad y la concurrencia con otras mercantiles capacitadas, en su caso, para prestar el mismo servicio****. No advertimos la concurrencia de los elementos típicos del delito en la autoridad y en los funcionarios públicos en la medida en la que, si bien la influencia sirvió a la finalidad antedicha, no fueron desconsideradas por aquéllos una serie de razones que pudieran servir al interés público, en la medida en la que la contratación del Intituto Nóos se llevó a cabo tomando en consideración las notas características que reunía D. Ignacio Urdangarin como deportista de élite y como miembro del COE. Tales activos para la autoridad y los funcionarios públicos constituían una garantía de éxito para la consecución del fin público que pretendían con la celebración de la cumbre, cuál era la promoción turística de Baleares a través del deporte, actuación que interpretaron, serviría para desestacionalizar la actividad turística.*

Dado que la aportación causal advertida en los acusados Diego Torres Pérez e Ignacio Urdangarin respecto del delito de prevaricación y del delito de tráfico de influencias que tratamos en relación a este convenio es única (acción de influir), concluye la Sala que concurren en régimen de concurso de normas, debiendo ser aplicada la regla prevista en el art. 8.3 CP, el principio de especialidad, prevaleciendo el delito de tráfico de influencias pues, éste contempla todo el desvalor del hecho (STS 5 de Abril de 2002)". (Énfasis añadido).

Entendemos correcta la subsunción jurídica realizada sin indagar ahora sobre la no cuestionada posible relación concursal con la participación en la

prevaricación. La Sala se inclina por un concurso de normas. Se capta enseguida que aquí es totalmente intrascendente la cuestión. Enseguida volveremos sobre ello.

En verdad el hecho probado peca de cierto laconismo o avaricia descriptiva en este punto. Pero lo que se narra es más que suficiente para colmar la tipicidad en la que ha sido acoplado, al menos respecto de este recurrente. En cuanto al otro condenado las conclusiones pueden ser distintas. Es de destacar que el logro del influjo ejercido desde el trampolín de su privilegiada posición no se limita a la contratación, sino también y particularmente a la exclusión de toda concurrencia posible obviando las condiciones, presupuestos y proyectos que otras empresas habrían podido ofrecer mejorando las fijadas casi unilateralmente por el recurrente y su socio.

Más aún, el desarrollo posterior de la secuencia con la voluntariosa, y disciplinada actitud de acatamiento a todas las propuestas de los recurrentes por parte del Presidente y su desarrollo, aceptando precios, imponiendo decisiones y sin reparar en obstáculos burocráticos o rémoras de reglas administrativas, pone bien a las claras de manifiesto que se produjo ese sutil pero patente y efectivo sometimiento ante la posición del proponente, actitud que buscó y provocó deliberadamente amparado en su notoria condición, combinada y reforzada por su amistad con José Luis Ballester.

Indudablemente queda afectado el bien jurídico protegido: la sujeción de la actuación administrativa a los principios de imparcialidad y objetividad, que aquí quedaron laminados. Solo se explica el acrítico seguidismo a las propuestas del recurrente en virtud de esa posición de la que se abusaba para reclamar, de forma implícita pero perfectamente perceptible, y obtener un trato privilegiado. No puede entenderse si no es desde esos parámetros, la actitud de absoluta complacencia frente a las propuestas, incluidos precios y costes, del recurrente.

Ha existido influencia ejercida desde una aprovechada posición de prevalencia. Se provoca una eficaz presión que no podía pasar

desapercibida al recurrente. Contaba con ella y se valía de ella, tal y como expresa el hecho probado. La conducta descrita es idónea para orientar y condicionar la voluntad del receptor de la influencia. En este caso básicamente dos personas: José Luis Ballester y, singularmente, Jaume Matas que es quien ostentaba *de facto* poder decisorio. Concurre así pues una doble plataforma aprovechada para la sibilina imposición de condiciones (excluyéndose entre otras cosas toda eventual competencia) acordes con los particulares intereses: la amistad íntima con uno de ellos y la notoria y muy relevante posición institucional

No hay duda tampoco en lo atinente al requisito finalístico: conseguir una resolución económicamente beneficiosa para el sujeto activo.

TRIGÉSIMO PRIMERO. - El recurrente encauza luego su argumentación, hacia el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca fechado el 7 de mayo de 2013 y recaído en esta causa (folios 16.350 y ss); así como en la absolución por los hechos de Valencia y Madrid.

El auto invocado resolvía un recurso de apelación formulado contra la imputación de su cónyuge. Las consideraciones contenidas en él se refieren en exclusiva a los hechos a ella imputados y a la prueba existente frente a ella. No afecta a este recurrente.

En lo atinente a los hechos situados en otros territorios autónomos, la prueba de la que se ha dispuesto es distinta. En todo caso, ese planteamiento desenfoca la cuestión: el objeto de análisis debe ser si el relato de hechos colma el tipo penal previsto en el art. 429 CP, y si se dan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Este y no otro es el ámbito en que se puede combatir y discutir sobre la conclusión condenatoria de la sentencia. Dirigidas específicamente a esas cuestiones el desarrollo del motivo no contiene apenas alegaciones.

La Sala condena por los hechos referidos a la contratación de la primera edición del Forum Illes Balears, en 2005. Por ellos se había acusado también del delito de prevaricación. Como hemos visto el Tribunal entiende,

en interpretación beneficiosa para el impugnante que nos encontramos ante un concurso de leyes y aplica el art. 8.3 CP. El delito contemplado en el art 429 abarcará la significación antijurídica de la prevaricación tipificada en el art. 404 CP. Se ha entendido en otras ocasiones que la relación es de concurso medial de delitos. La presión o influencia constituiría el instrumento para obtener la resolución injusta. La diferencia penológica es adversa para el condenado como se preocupa de advertir la representante del Ministerio Fiscal. En todo caso eso es un eventual defecto que no sería enmendable en casación, aparte de carecer de repercusión en las consecuencias penales.

El o los funcionarios que se dejan influir no responden por un tipo paralelo. No se regula una suerte de tráfico de influencias pasivo como en el cohecho. Si se aviene a la actuación interesada ante esa presión su conducta podría dar lugar al delito de prevaricación. No es un *delito bilateral o de encuentro* como precisa el Fiscal. La única conducta típica es la de quien influye en el funcionario para prevalerse de su relación personal como igualmente se observa en el erudito dictamen del Ministerio Público.

El relato de hechos probados contiene datos fácticos sobrados para cubrir todos los elementos de la figura del tráfico de influencias en la persona del acusado Ignacio Urdangarín. Su conducta es típica. Alcanzó el fin propuesto. Pero también sería punible –y continuamos acogiendo el razonamiento del Fiscal- y lo hubiera sido, aunque la autoridad y/o el funcionario hubieran desatendido los requerimientos. Realizada la conducta típica por el particular el delito se consuma. El tipo no exige que llegue a producirse la resolución.

Se ejerció, presión sobre quienes podían decidir la contratación del Instituto Noos para celebrar los eventos pretendidos por este acusado.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. - Una cuestión diferenciada es la **proyección de tal tipo** (art. 429) **en Diego Torres.** Haciendo otro quiebro en la sistemática traemos a este lugar, ese punto planteado en varios motivos del recurso de este otro condenado.

Confluyen dos cuestiones diversas una dogmática y abstracta (participación del *extraneus* en un delito del art. 429 y eventual aplicación del art. 65.3 CP); y otra concreta y más fáctica que jurídica: ¿se puede afirmar *in casu* la intervención o colaboración de Diego Torres en la actuación de Ignacio Urdangarín que hemos encajado en el art. 429 CP?

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente sobre la responsabilidad criminal del *extraneus* en los delitos de tráfico de influencias, ya cometidos por autoridades o funcionarios públicos (artículo 428 CP), ya cometidos por particulares (artículo 429 CP).

Sí ha afirmado que el delito de tráfico de influencias, también el cometido por particular, es un delito especial porque puede ser perpetrado exclusivamente por quien goza de una relación personal con el funcionario. Solamente puede ser autor de este delito, quien se encuentra en dicha situación. Y también es lugar común resaltar la exigencia de una descripción fáctica que perfile la actuación considerada incursa en el tipo penal.

Podemos destacar, entre otras, las siguientes sentencias:

a) La STS 476/2016, de 2 de junio (que también aplica el art. 428 CP) constata que el *factum* de la resolución recurrida no contiene referencia alguna a la perpetración «de actos de predominio, fuerza moral o de presión» a los efectos de aplicación del delito. Con base a estos argumentos, se desestima el recurso de la acusación particular que reclamaba una condena por tráfico de influencias reproduciendo afirmaciones ya tópicas en las sentencias que abordan esta tipicidad:

«La STS 480/2004, de 7 de abril explica que la utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento enseña que no basta la mera sugerencia. La conducta delictiva ha de ser realizada por quien ostenta una posición de ascendencia. El influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye. La influencia consiste en una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del sujeto activo. Se equipara la influencia a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye. Por lo general, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o

actuación sea debida a la presión ejercida (SSTS 29 de octubre de 2001 y 5 de abril de 2002 >, citadas y reiteradas en la de 7 de abril de 2004).

Pues bien, en el "factum" de la sentencia impugnada no se hace referencia alguna a la perpetración de actos de predominio, fuerza moral o de presión sobre cualquiera de los dos acusados exalcaldes de Ciempozuelos para que éstos decidieran las adjudicaciones de servicios y de obras a realizar en el referido municipio.

La parte recurrente infiere la ejecución de esos actos de influencia por parte de D. y la respuesta de los exalcaldes de la presencia conjunta de los tres acusados en el mes de febrero de 2006 con motivo, según se describió en su momento, del ingreso de una suma de dinero en una entidad bancaria andorrana que conocía aquél. Sin embargo, de ese solo hecho indiciario, aun siendo sugestivo y relevante, no puede colegirse que D. haya realizado los actos de presión y predominio para conseguir las adjudicaciones anteriormente referidas.

b) La STS 485/2016, de 7 de junio:

«2.- El debate jurídico sobre la subsunción de los actos que la sentencia describe como privados en la norma que tipifica el tráfico de influencias, en este caso en la modalidad del artículo 429 del Código Penal, ha sido abordado por nuestra jurisprudencia que realiza una labor, que recuerda la "actio finium regundorum", para delimitar lo antijurídico de lo que no lo es, con independencia de su valoración ética.

Y es que, como recuerda nuestra STS 300/2012 de 3 de mayo: La consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (art 4 1º del Código Penal que prohíbe taxativamente la analogía "in malam partem", es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él.

La labor en el momento jurisdiccional es realmente dificultosa cuando el desempeño de la previa propia del legislador no es capaz de acotar con inequivocidad la conducta para la que impone una pena. Lo que acarrea que la predictibilidad de la condena por el ciudadano en el momento de decidir llevar a cabo una acción no sea suficientemente cierta llevándolo a un riesgo de su decisión que desde el moderno constitucionalismo se quiso conjurar en todas las constituciones democráticas.

De ahí la relevancia de la Jurisprudencia al paliar tal inquietud condicionante del comportamiento del ciudadano, primero, y de la decisión jurisdiccional, después.

Por aquélla se han venido señalando los elementos que tipifican la antijuridicidad punible, diferenciándola de conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal, los siguientes:

a) La influencia entendida como presión moral eficiente sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o

actuación sea debida a la presión ejercida (STS 29 de junio de 1994). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.

b) La finalidad de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere -directa o indirectamente- un beneficio económico, para el sujeto activo o para un tercero entendiendo el concepto de resolución en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido.

Quedan por ello fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico (SSTS de 28 enero 1.998,12 febrero 1.999,27 junio 2.003,14 noviembre 2.003, 9 abril 2007,1 diciembre 2.008,1 julio 2.009y2 febrero 2.011,aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos.

c) En el caso del artículo 429 del Código Penal, que aquella influencia sea actuada en el contexto de una situación típica: la relación personal del sujeto activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad. Si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.

Como recuerda nuestra más reciente STS 300/2012 antes citada, en lo que concierne al elemento de la influencia se excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente.

De la misma manera que se excluye del artículo 428 la actuación de funcionarios que se dirigen al que ha de resolver incluso siendo superiores si no se abusa de la jerarquía, tampoco basta que un ciudadano trate de influir espuriamente en el funcionario que resuelve

si no mantiene con él una relación que deba considerarse de naturaleza "personal" y, además, se prevale de la misma».

c) La STS 2025/2001, de 29 de octubre:

«5.- Distinta ha de ser la respuesta que demos al motivo cuarto en que, de nuevo al amparo del art. 849.1º LECr, se denuncia una infracción, por inaplicación indebida a los hechos probados atribuidos al acusado A., del art. 404 bis b) CP 1973. Este acusado, que tiene la condición de recurrido en la alzada que resolvemos, debe ser efectivamente considerado autor de un delito de tráfico de influencias previsto y penado en el precepto cuya inaplicación se reprocha en este motivo a la Sentencia recurrida.

El tipo penal a que nos referimos está integrado por cinco elementos de diversa naturaleza que hay que reconocer concurren en la conducta de A. tal como la describe el factum de la Sentencia: 1º. Su autor debe ser un particular y el recurrido en efecto lo es. 2º. La acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad, y acto de influir debe ser considerado el hecho de convencer a los miembros de la Junta Vecinal de una Entidad Local de las ventajas de dar a los fondos de que la misma dispone una determinada inversión. En el fundamento jurídico anterior hemos subrayado, de acuerdo con los razonamientos expuestos por el Tribunal de instancia, que la influencia de A. no fue decisiva para la adopción de las decisiones de los miembros de la Junta Vecinal ni para que los mismos se dejasen corromper, pero también hemos puesto de relieve que una cierta influencia en este sentido se ejerció, lo que es suficiente para tener por puesto este elemento del delito toda vez que el art. 404 bis b) CP 1973 -así como el art. 429 CP1995- no exige que sea objetivamente decisiva o determinante la acción de influir. 3º. Es preciso que el autor se prevalga de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre que se ejerce la influencia o con otro distinto, prevalimiento en que A. ciertamente incurrió puesto que utilizó su relación mercantil con el Secretario de la Junta Vecinal, el acusado JB, para convencer a los miembros de la misma de la conveniencia de invertir en oro los fondos de la Entidad que se encontraban depositados en diversos bancos. 4º. El autor debe conseguir, mediante la influencia ejercida, aunque la misma pueda ser reforzada por otros factores, una determinada resolución que, en el presente caso, se fraccionó en varias, las que en agosto y septiembre de 1993 acordaron el reembolso de los fondos depositados en entidades bancarias y las que en septiembre y octubre del mismo año acordaron la inversión en oro a través de la empresa de J. Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva, por lo que no es obstáculo para que se impute tráfico de influencias a A. el hecho de que su intervención tuviese lugar antes de que constase oficialmente la ilegalidad de las inversiones aconsejadas por él. 5º. Es finalmente necesario que con la resolución alcanzada gracias a la influencia obtenga el que la haya ejercido un beneficio económico, directo o indirecto, para sí o para un tercero, requisito indiscutiblemente presente en el caso juzgado por la Sentencia recurrida, pues A. obtuvo una comisión de 3.750.000 pesetas y J. consiguió tener a su disposición nada menos que 143.640.000 pesetas. Debe ser estimado, pues, el cuarto motivo del recurso, declarando que en la Sentencia impugnada se debió

aplicar, a los actos realizados por A. incluidos en la declaración de hechos probados, el art. 404 bis b) CP 1973 en que se define y sanciona el delito de tráfico de influencias cometido por particular».

Los pronunciamientos jurisprudenciales que hemos venido transcribiendo en sus pasajes extractados más relevantes insisten en la necesidad de que el hecho probado refleje de forma precisa y nítida la implicación de cada partícipe acusado en esas influencias o presiones. No siendo descartable ni una eventual cooperación necesaria de un *extraneus,* ni una inducción o una complicidad, las mismas no pueden ser fruto de una mera suposición. Han de basarse en actos que se declaren probados.

El hecho probado no reseña intervención alguna de Diego Torres en esas actuaciones de influjo. Tan solo en la fundamentación jurídica –cuyo valor complementador del hecho probado *contra reo* ha sido proscrito por la jurisprudencia de los últimos años según se ha explicado- se alude a un concierto, sin mayores explicaciones. Y en el fundamento dedicado a la individualización penológica también colateralmente se vierten otras consideraciones. La jurisprudencia recogida es insistente sin embargo al exigir esa traslación del hecho probado, en un delito como éste, de la actuación de cada cual.

En relación a Diego Torres no hay base fáctica para lanzar respecto de él este reproche penal. Sus motivos afectantes a este extremo (noveno y décimo séptimo) han de prosperar. Ello supondría que reviviese respecto de él (*Auferstehung*) la participación en la prevaricación (STS 4/2015, de 29 de enero). Pero, condenado ya por un delito de prevaricación continuado, el tema por intrascendente, puede ser orillado, al margen de los obstáculos procesales que podrían surgir.

TRIGÉSIMO TERCERO. - Los motivos undécimo y duodécimo contienen sendas reclamaciones con soporte ambas también en el art. 849.1º LECrim. No acaban de entenderse. Se queja el recurrente respectivamente de la aplicación de los arts. 77 y 74 CP.

Los motivos, si ya encerraban en sí mismos discutible sentido, lo pierden totalmente, desde que hemos anunciado que se deja sin efecto la condena por el delito de falsedad.

El art. 77 sirvió a la Sala de instancia de abrazadera de los delitos de prevaricación, malversación y falsedad. Ese conglomerado, desde luego, era mucho más beneficioso que su calificación separada y consiguiente punición autónoma, sanción atomizada que, en todo caso, a tenor del mismo art. 77 CP sería la procedente si fuese más favorable.

La eficacia del art. 77 CP se limita en este caso a ampliar las posibilidades de individualización penológica, solo en beneficio del reo. Castigándose por separado cada delito merecerá la pena correspondiente fijada autónomamente. Agrupados en relación de concurso medial las opciones se duplican: o se sancionan igual o se sancionan con la pena del delito más grave (en su mitad superior según el sistema del CP 1995; o con una pena sencillamente superior según la reforma de 2015); pero solo si ello mejora la condición del condenado. Es imposible que la apertura a esa regla pueda perjudicar al reo que, por tanto, carece de gravamen para elevar esta queja. Su acogida solo podría acarrearle consecuencias desfavorables (mantener las penas por la malversación y añadir las correspondientes al delito continuado de prevaricación).

En cualquier caso, la necesidad de reindividualizar la pena como consecuencia de la estimación de un motivo anterior zanja la cuestión, aunque solo sea parcialmente. Es discutible que la malversación concreta por la que ha condenado la Sala (pago de 445.000 euros fruto de las presiones del acusado pese a no haberse efectuado los servicios a que obedecía ese abono) aparezca claramente vinculada instrumentalmente ni a los hechos que la Sala reputó falsarios, ni a toda la secuencia prevaricadora por la que es condenado (tan solo a la incidencia relativa a ese abono). Pero expulsar la referencia al art. 77 CP implicaría agravar la calificación respecto de los acusados sin petición específica proveniente de una acusación. Nos está vedado; incluso aunque lo reclamase la misma defensa. Las acusaciones no hacen cuestión de esa relación concursal que, se insiste,

beneficia por definición a los acusados. Más si eran tres las conductas delictivas aglutinadas como resulta de la sentencia de instancia.

La exclusión de esa relación concursal del delito de malversación –que no se aprecia como continuado, -solo puede empeorar –aunque no necesariamente- la situación del recurrente. Y la sentencia, como se desprende de su parte dispositiva, es clara al respecto: afirma el concurso medial entre las tres infracciones. No hay margen para un equívoco o confusión, que sugiere el recurso.

Algo semejante puede argumentarse en relación al art. 74 CP. La agrupación de toda la actividad en un único delito continuado, amén de revelarse normalmente más favorable en sus consecuencias, resulta totalmente procedente. Como sostiene la representante en casación del Ministerio Público, ubicándose en la situación descrita por la sentencia (y sin contar lógicamente con la modificación que se va a operar como consecuencia de la estimación de algún motivo de casación) aceptar el motivo desembocaría en una *reformatio in peius*.

De cualquier forma, la cuestión ha perdido toda trascendencia al desaparecer en la segunda sentencia la falsedad. Es claro que la malversación objeto de condena no se ve afectada por el art. 74 CP. Solo repercute en la prevaricación cuya penalidad quedará diluida por mor del art. 77 en la impuesta por la malversación.

Los motivos undécimo y duodécimo decaen.

TRIGÉSIMO CUARTO. - El motivo décimo tercero denuncia falta de motivación, queja que se ampara en el art. 852 LECrim y que abarca una pluralidad de puntos en los que al recurrente le hubiese gustado encontrar mayor generosidad expositiva por parte de la Sala de Instancia.

Huelga, por conocida, reiterar la doctrina constitucional y también casacional sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales. Pero es que bajo esa leyenda el recurrente incluye una miscelánea de quejas.

Algunas, nada tienen que ver con el rótulo que encabeza el motivo. Otras, carecen de consistencia para determinar la nulidad de la sentencia que es a lo que en rigor llevaría un motivo con este formato según analizaremos más detalladamente al hilo de otro recurso al que ahora nos remitimos (ver fundamento de derecho quincuagésimo quinto), y que nos obligará a reflexionar sobre las relaciones entre presunción de inocencia y deber de motivación.

Al analizar la condena por el delito del art. 436 CP ya hemos consignado los argumentos que conducen a entender que no está falta de motivación. La suficiencia de la motivación no se mide por el número de páginas, o párrafos, sino por la capacidad de dar cuenta de las razones de la decisión. Y está sobradamente referidas.

No guarda relación alguna con la falta de motivación la argumentación de carácter probatorio que se incluye con referencias a documentos que no contradicen las bases de la condena por el delito de fraude a la administración que -no se olvide- tiene como presupuesto no un engaño de un particular a un funcionario o autoridad, sino un concierto entre ambos que redundará, o tendrá potencialidad para redundar, en perjuicio de la Administración.

Se reprocha el silencio de la sentencia sobre una Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer el adecuado marco legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas, por parte del Tribunal de Cuentas de fecha 30 de noviembre de 2010. La naturaleza de los convenios de colaboración, es objeto de examen minucioso en la causa. Esa moción no afecta a esa valoración. No era necesario mencionarla. Nada decisivo aporta.

Apunta el recurso de forma apodíctica alternativas más favorables; pero están desmentidas por la abundante prueba que desmenuza la sentencia. No concreta –explica el Fiscal- ni la alternativa ni la supremacía que deba otorgársele en detrimento de la valoración realizada por el Tribunal.

Afirma que no se ha tenido en cuenta la documentación del anexo 40, en lo que se refiere al Observatorio y al Plan Estratégico: páginas 1 a 391 y folios 38.563 al 38.566 de la causa, así como Bloque documental 2, documento (folios 14/158 al 14/156). Pero no explica nada más ni se entretiene en justificar qué se quiere argumentar con ello. El volumen de la documentación unida no exige una cita expresa de todos y cada uno de los documentos.

Si se considera –se añade- que el acusado cobró una comisión del 1'7 por cien, sobre los 18.000.000 de euros del patrocinio del equipo ciclista, no es exigible por ello ningún trabajo. No se razona la consecuencia directa y necesaria de esos extremos en el fallo. Y, como arguye el Fiscal quienes se dedican profesionalmente a esa actividad probablemente discrepen de tan lineal aseveración.

Ninguna contradicción se detecte en la parte dispositiva de la sentencia. Se absuelve por unos hechos y se condena por otros distintos, pero no hay duplicidad de pronunciamientos sobre los mismos hechos como puede comprobar el recurrente si puntea la parte dispositiva, ayudándose en su caso de la paciente explicación que le brinda el dictamen del Fiscal.

La responsabilidad civil –que es el último punto de este plural motivo- está correctamente aplicada. No puede ser subsidiaria, como reclama sino solidaria. Tal queja, por otra parte, no se corresponde con el encabezamiento del motivo.

Dice el art 116 CP:

"Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. **Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.**

2. **Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.**

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno…".

La responsabilidad es principal, conjunta y solidaria. Es decir, cuando son varios los partícipes en un delito, todos ellos han de soportar las consecuencias civiles (ver arts. 110-112 CP). Al pago de la indemnización vienen obligados todos los partícipes del delito. La insolvencia de alguno o algunos, obliga al resto a pagar el total.

El importe de la indemnización se distribuye entre ellos por medio de cuotas, que ha determinado la sentencia (fundamento de derecho noveno) atendiendo a las pautas marcadas por las acusaciones que se fijan tanto en la contribución que cada uno ha prestado a la infracción (art. 116.1 CP) como en el beneficio obtenido.

Si concurren además de autores, cómplices (es decir aquellos que han colaborado a la comisión del hecho con actos no estrictamente necesarios: art. 29 CP).

Al hablar de autores el CP comprende a cooperadores necesarios e inductores: art. 28 CP, como demuestra que los sitúe como alternativa a los cómplices. Por eso naufraga el razonamiento del recurrente. No hay cómplices. Si los hubiera se debería establecer también unas cuotas para ellos.

Autores y cómplices responden principal y solidariamente de sus respectivas cuotas y subsidiariamente de las cuotas de la otra clase de partícipes (art. 116.2 CP).

La declaración de responsabilidad solidaria entre los partícipes de una misma clase significa que el acreedor puede dirigirse por el total contra cualquiera. La subsidiaria es solo para los partícipes de clases distintas (hasta que no se ha intentado infructuosamente el cobro entre los autores, no cabrá dirigirse frente a los cómplices; y viceversa). Pero en una clase

entran autores, inductores y cooperadores necesarios; y en la otra solo los cómplices.

No cabe atender a la petición del recurrente, por su falta de apoyo legal.

El motivo decae.

TRIGÉSIMO QUINTO. - El motivo décimo cuarto representa el formato constitucional (art. 25.1 CE) de motivos anteriores y en concreto del motivo octavo que viene a dar por reproducido. Obviamente la remisión a aquel supone la contestación de éste sin contenido autónomo propio. Toda infracción de ley, según esta concepción., sería también una infracción del principio de legalidad. Pero el principio de legalidad de rango constitucional (art. 9.3) no puede ser concebido como una forma de traer a casación cualquier debate de legalidad ordinaria. Si fuese bastaba el art. 852 LECrim. Los arts. 849 a 851 habrá de ser suprimidos por superfluos e innecesarios. Cualquier discusión de legalidad podría canalizarse a través de esa vía hermanada con el art. 9.3 CE.

TRIGÉSIMO SEXTO.- La misma respuesta procede en relación al motivo décimo quinto: es ahora el principio de seguridad jurídica el que le sirve para presentar otra vez un motivo ya contestado revestido de un ropaje constitucional que no le añade anda y que ni siquiera es correcto por las razones que acaban de apuntarse.

Los dos motivos analizados decaen.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. - Ha reservado el recurrente el último de los motivos de su recurso para lo que seguramente constituya el alegato más repetido en casación con enorme diferencia porcentual: la presunción de inocencia. Pero su discurso está condenado al fracaso.

Se centra en el delito de malversación por el que ha sido condenado. Se produce el delito en fechas en que este recurrente ya no formaba parte

de Noos. Es así. Pero es patente que hay una contundente prueba personal que le apunta a él. Esa constatación, que además cuadra plenamente con el contexto total de los hechos, nos impide ir más lejos: hay prueba razonable y razonada. No hay vulneración de la presunción de inocencia.

Nada hemos de decir del argumento en torno a la falsedad dada la estimación de un motivo anterior

Las escuetas alegaciones sobre el delito del art. 436, el delito de tráfico de influencias, y los delitos de defraudación tributaria no añaden nada a lo ya argumentado en los respectivos motivos anteriores. Baste ahora insistir que el principio *in dubio* no se identifica con la presunción de inocencia y su operatividad en casación es muy limitada.

G) <u>Recurso de Diego Torres, Nòos, Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada, Virtual Strategies S.L, Nòos Consultoría Estratégica S.L, Fundación Deporte Cultural e Integración Social, Shiriaimasu, SL y Intuit Strategy Innovation Lab S.L.</u>

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Este recurso comienza con unas observaciones preliminares que quieren servir de orientación para la lectura y estudio de los abundantes motivos que lo componen, desarrollados a través de trescientas cuarenta y siete densas páginas, trabajadas minuciosamente elaboradas y salpicadas de pertinentes referencias jurisprudenciales (más de cien dijo en su informe oral el letrado que representa a estos recurrentes: son posiblemente más de dos centenares), algunas de ellas transcritas en extracto correctamente. Explica en este preámbulo que los distintos motivos no son compartimientos estancos motivos, sino un todo en que todos interactúan: unos son complemento de otros.

Pues bien, precisamente la ortodoxia procesal en un recurso tan formal como es la casación llevaría a las antípodas de esa metodología. A eso conduce lo que se ha denominado principio de debida *separación de motivos* que ya se ha mencionado al hilo de otro recurso. Cada pretensión ha de ser autónoma y formulada sin dependencia de otras, salvo en casos singulares

(por ejemplo, los motivos por la vía del art. 849.2º siempre son instrumentales de un motivo por el número 1 del mismo precepto).

La STS 136/2017, de 2 de marzo en ese sentido critica un defecto semejante; aunque en sintonía con jurisprudencia ya citada (STS 1068/2012 de 13 de noviembre) y (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM, o de 11 de octubre de 2016, asunto ZUBAC) descarta conferir mayor relevancia a ese tipo de deficiencias formales (vid. no obstante STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE).

El recurso, más allá de algunas mescolanzas, contiene pretensiones identificables sobradamente y razonadas, aunque a veces, se produzcan reiteraciones, solapamientos que pueden confundir, así como yuxtaposición por aluvión de alegatos diferenciados lo que puede dificultar o enturbiar también la respuesta.

TRIGESIMO NOVENO.- Los motivos primero y segundo constituyen en realidad un único motivo improcedentemente duplicado: vertiente constitucional (art. 852 y 24.2 CE: derecho a usar los medios de prueba pertinentes) y vertiente legal (art. 850.1 denegación de diligencias de prueba). Aquél no sustituye a éste. Externamente los dos motivos se amparan respectivamente en los arts. 852 (conculcación del derecho a valerse de los medios de pruebas pertinentes: art. 24 CE) y 850.1 LECrim (denegación de pruebas).

La invocación del art. 852 de la Ley Procesal no puede convertirse en una puerta trasera para eludir el cumplimiento de las exigencias y requisitos de los tradicionales motivos por quebrantamiento de forma (STS 1070/2012, de 19 de diciembre). Aunque se introduzca la queja por la vía del art. 852 será necesario comprobar la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para que se pueda abrir paso un motivo por denegación de prueba.

El examen de los dos motivos ha de unificarse.

Por entresacar de entre la prolija jurisprudencia sobre esta materia alguno de los pronunciamientos más recientes, la STS 948/2013, de 10 de diciembre aborda *in extenso* el marco que sirve de fondo para resolver el presente motivo. También en el asunto allí examinado se acudía a la dualidad de vías casacionales (art 5 4º LOPJ, en relación con el art 24 CE, por vulneración del derecho a utilizar los medios necesarios para la defensa y quebrantamiento de forma, al amparo del art 850 1º por denegación de prueba).

La cuestión está estrechamente ligada al derecho de defensa: dentro de la panoplia de derechos que enlazan con ese genérico y poliédrico derecho ocupa un papel destacado la facultad de proponer y aportar pruebas.

"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) –se expresa en la citada resolución- *la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):*

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio,].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional

contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril, por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 73/2001, de 26 de marzo; 4/2005, de 17 de enero; 308/2005, de 12 de diciembre; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión ***es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo*** *(SSTC 73/2001, de 26 de marzo, 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril, entre otras)".*

El motivo previsto en el art. 850.1 según la tradicional jurisprudencia de esta Sala exige en ese ámbito periférico, una serie de presupuestos que condicionan su prosperabilidad: **i)** Que la prueba se haya planteado tempestivamente, es decir en el momento procesal adecuado; y **ii)** que frente a la denegación se haya formulado la oportuna protesta razonando en su caso la pertinencia de la prueba y su objeto. Moviéndonos en el ámbito del procedimiento abreviado no es exigible una protesta escrita –aunque nada impide hacerla- sino la reiteración de la petición al inicio del juicio oral al abrirse un turno previo de intervenciones que permite, entre otros contenidos posibles, insistir en las pruebas denegadas.

En este caso esos presupuestos están plenamente cumplidos:

a) La prueba fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa: es el cauce ordinario para proponer prueba para el juicio oral (escenario donde ha de practicarse con toda amplitud y *plenitud* la actividad probatoria, lo que explica la denominación consagrada de tal acto esencial –*plenario* en contraste con el *sumario-).*

b) Fue solicitada de nuevo al inicio del juicio oral por la defensa. Así lo demuestra el visionado de la grabación.

Así pues, todos los requisitos externos para que un motivo de esta naturaleza pueda ser examinado están cumplidos (prueba propuesta en tiempo; protesta expresa y tempestiva; razonamiento sobre la relevancia de la prueba).

Se aborda ahora el fondo del motivo, es decir los requisitos materiales: necesidad, utilidad y pertinencia de la prueba; y posibilidad.

Para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no solo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La **necesidad** es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

La STC 142/2012, de 2 de julio, desde la perspectiva de un amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE, expresa en este sentido: *"…este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial.* ***En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor****. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)".*

En casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir en un juicio **ex post**. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar **a posteriori** y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre

una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable *a posteriori* convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

El art. 850.3º y 4º LECrim exige para la estimación del recurso de casación por denegación de preguntas que las rechazadas fueran no solo pertinentes; sino también se exige que fuese verdaderamente necesarias o de indudable influencia en la causa. Pues bien, es inherente al espíritu del art. 850.1º idéntico canon explícitamente formulado en materia de preguntas. La necesidad de la prueba -y no solo su pertinencia- es requisito inmanente al motivo de casación establecido en el art. 850.1º.

Se pueden distinguir tres momentos y otros tantos estándares diferenciados de decisión: **a)** admisión; **b)** suspensión en caso de incomparecencia; **c)** anulación la sentencia en casación.

a) En el momento de la **admisión** el criterio ha de ser lo más generoso posible. Si la prueba es posible, pertinente y no aparece como inútil la regla será la admisión.

b) En el momento de decidir sobre la **suspensión** por incomparecencia de un testigo o no práctica de una prueba, el criterio ha de ser más restrictivo. Es "la necesidad" el canon de decisión y no la simple "pertinencia". Ha de valorarse a la vista del resto de las pruebas si resulta necesario para formar un juicio completo y adecuado contar con esa que no se puede practicar.

c) En casación, al **revisar una sentencia** combatida a través del art. 850.1º se endurece aún más el criterio. Se cuenta ya con una sentencia que solo deberá ser anulada si se pronostica fundadamente que el resultado de la prueba omitida podría haber variado su sentido, o algún aspecto relevante.

Aquí era exigible al recurrente un razonamiento más específico. No es lógico proponer cientos de testigos sin especificar de cada uno qué relación concreta tiene con el asunto. La LEC (art. 363) parece apuntar un número razonable de testigos en relación a un mismo punto. Es ampliamente desbordado. Al recurrente, que más adelante se quejará por las dilaciones, le era reclamable un cierto esfuerzo de contención (prescindir de testigos no relevantes) y al mismo tiempo de discriminación. Pero un listado de centenares de testigos ahora en casación con la pretensión de que se reconozca que todos son pertinentes y sin distinguir entre unos y otros no parece muy razonable.

Si la propuesta es o se admiten todos o ninguno, la solución no puede ser más que ésta segunda, salvo que se justificase la auténtica indispensabilidad (o, al menos necesidad) de esa prueba.

El recurrente de modo un tanto ventajista reclama la nulidad pero dejando fuera de esa sobrevenida ineficacia los pronunciamientos absolutorios. Es pertinente, aunque no del todo válida para su propuesta, la referencia jurisprudencial que introduce para justificar esa petición de nulidad solo parcial. La extrapolación que hace de la sentencia citada resulta un tanto exagerada. Cuando se trata de pruebas que afectan a cuestiones a decidir perfectamente separables y escindibles como sucedía en el caso contemplado en aquel precedente (concurrencia de una eximente, que es independiente de la realidad de los hechos probados) es posible esa fragmentación probatoria. Pero cuando se trata de juzgar los mismos hechos el principio de concentración impediría que se celebrase un nuevo juicio para repetir solo una parte de la prueba cuando ya se practicó otra referida a esos mismos hechos. Si la nulidad afecta a una infracción y deja sin juzgar unos hechos toda la prueba relativa a esos hechos, tanto la indebidamente denegada como la practicada, debe volver a desplegarse en unidad de acto. No cabe anular solo para repetir parte de la prueba excluyendo otra sobre el mismo *thema decidendi.*

Esta eventual vía intermedia -"nulidad parcial"- no prevista pero tampoco excluida por la Ley Procesal vigente cuenta, sí con un soporte legal

que por otra parte trae causa de un clásico principio procesal: el principio de conservación de los actos procesales. El principio que plasmó primero en la vieja y derogada Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, hoy tiene un alcance generalizado a través del art. 243.1 LOPJ, del que existe una proyección específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de manejarse, no obstante, esa fórmula con extremada cautela para no romper sin causa suficiente el principio de unidad del juicio oral (art. 744 LECrim) más allá de los casos realmente justificados.

CUADRAGÉSIMO. - Las pruebas denegadas son muy abundantes. Insiste en su práctica, sin que le frene que en muchos casos son testigos o documentos relativos a hechos por los que ha sido absuelto. No tiene sentido. Denuncia esa incoherencia que demuestra lo inmatizado de la ambiciosa petición la Abogacía del Estado en su escrito de impugnación.

Por una parte, varios grupos de testigos.

Un primer grupo afectaría al Plan estratégico de Turismo Deportivo en BALEARES y el Observatorio Permanente. Según afirma apodícticamente el recurso con ellos se acreditaría que esos planes se llevaron a cabo en su totalidad, cumpliéndose así con lo previsto en el Convenio suscrito. Casi cuarenta nombres con sus respectivos apellidos se enumeran.

Otros testigos declararían sobre los proyectos y servicios prestados por las distintas empresas relacionadas con el recurrente para acreditar la actividad económica confirmando así la veracidad de las facturas así como el amplio equipo humano de las mismas (más de 30 consultores), para prestar servicios a los clientes. Con eso pretendería desvirtuar la afirmación de la AEAT relativa a la inexistencia de una estructura empresarial.

Otros, "podrían haber declarado sobre su participación en los proyectos internacionales realizados por DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENTE LTD, incluyendo las facturas por ellos emitidas, y que demuestran la efectiva realización de esas actividades y la contratación de consultores y expertos internacionales y que por lo

tanto no existe ningún blanqueo de dinero, ni facturación mendaz, ni desvío dinerario, ni nada de nada".

Se incluye un listado de más de cuarenta personas.

Como "testigos que podrían haber declarado sobre el proyecto del equipo ciclista, demostrando que no existe ninguna conducta delictiva al respecto" solo refiere unas pocas personas.

A más de doscientos asciende el número de los posibles testigos que podrían haber declarado sobre las actividades de la FUNDACIÓN DEPORTE CULTURA E INTEGRACIÓN SOCIAL.

Los testigos relacionados con la alegación de un error de prohibición, de imposible viabilidad como veremos, tampoco son escasos.

Y dentro de la documental alude a varios grupos de pruebas: correos y documentos que ilustran la gestación de los convenios de Valencia y Baleares; correos y anexos que quieren demostrar que existió fiscalización y control de la realización del proyecto Illes Balears Forum llevada a cabo por la Fundación Illesport (dato irrrelevante: ha sido absuelto), y que desmienten que no se hubiera desarrollado el Observatorio y el Plan Estratégico; correos y documentos –en otro apartado- demostrarían la veracidad de las actas de contacto que certifican el proceso de seguimiento y control del cumplimiento de los acuerdos, y en las que consta la finalización del Observatorio y el Plan Estratégico; y correos, anexos y documentos que demostrarían la realidad de los proyectos internacionales del Instituto justificativos de las operaciones y contrataciones internacionales, ajenas a actividades de blanqueo de dinero; más documentación que prueba el origen del proyecto de ciclismo; correos, anexos y documentos que objetivan el grado de supervisión de las actividades de Noos y que consolidan (¿?) la tesis propugnada por error de prohibición; documentos, fotografías y correos que muestran los trabajos internacionales encargados y abonados por Noos; correspondencia con miembros de la Fundación Illesport, Ibatur y el Govern de Baleares, tanto relativas a los proyectos de ciclismo como al Illes Balears Forum, que muestran tanto el proceso de contratación como el control y el grado de

avance de las actividades que se reputan no realizadas como base para la condena.

La petición es más que ambiciosa, desmesurada. Sobre todo, al comprobarse que la extensión en la relación no va acompañada de una argumentación mínima más allá de afirmaciones apodícticas de ser necesaria esa prueba. No se intenta poner de manifiesto en qué modo afectaría a los hechos, o cómo podría haber variado la convicción del Tribunal. Es exigible mayor concreción y una explicación individualizada tendente a demostrar la indispensabilidad de cada prueba (no solo su eventual pertinencia). La casación de la sentencia solo puede venir determinada por la concurrencia de esa indispensabilidad. No basta citar la prueba, enumerar cientos de testigos -literalmente- que pudieran tener alguna relación con el acusado o su socio, o con alguna de sus empresas, sin otro detalle. No es suficiente afirmar que han de deponer para ratificar facturas o documentos obrantes en la causa. Es preciso- porque sin ello no es factible ponderar la necesidad ni trascendencia de la prueba- argumentar la concreta incidencia en los hechos y el potencial de cada uno de esos testigos o documentos para modificar la convicción del juzgador.

El auto resolviendo las cuestiones previas, fechado el 29 de enero de 2016, dedica un extenso fundamento al examen de la prueba propuesta por esta parte incidiendo en esa razón que ahora va a fundar también la **desestimación** del motivo: no es posible "realizar el correspondiente juicio de ponderación necesario para valorar su pertinencia, resultando procedente la inadmisión de la prueba detallada en los ordinales...".

La prueba documental que se invoca –como observa la representante del Ministerio Público- no es identificada por los folios, por lo que no cabe relacionarla con la propuesta y rechazada, por el Tribunal. Además, éste expresó en la antedicha resolución, la razón individualizada de la no admisión. Hay una motivada inadmisión del órgano jurisdiccional que no es rebatida por el recurrente. Este se limita a quejarse por la denegación, pero no realiza el más mínimo esfuerzo por refutar las razonadas motivaciones de la Audiencia.

No se explicitan preguntas a formular sino solo genéricamente el tema sobre el que ha de versar su deposición, aunque en algunos casos muy concretos se detalle algo más. No se hace en la inmensa mayoría de los supuestos el más mínimo esfuerzo por indicar qué datos de hecho y mediante qué eventuales manifestaciones, podía desvirtuarse la valoración probatoria de la Sala.

El motivo no puede prosperar.

QUADRAGÉSIMO PRIMERO. - Los motivos tercero y cuarto de este recurso están emparentados entre sí, por la temática. Aunque su objetivo es diferente, la argumentación en parte es compartida.

El tercero versa, preferentemente, sobre los delitos de malversación.

El cuarto sobre el delito contra la Hacienda Pública.

Las quejas que se agrupan en ambos motivos tienen un relieve exclusivamente procesal: se persigue la nulidad de todo el procedimiento o, al menos, de algunas pruebas, basándose en defectos procesales con alcance constitucional. Se invocan los arts. 9.3, 24 y 25 CE desplegándose en su respectivo enunciado una panoplia de principios y derechos constitucionales que se introducen en casación a través de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim: seguridad jurídica, derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a la no autoincriminación, principio de legalidad.

Las quejas pueden agruparse en diversos apartados:

a) Fue requerido para aportar documentación e información en términos atentatorios del derecho a no confesarse culpable por cuanto se hizo en términos imperativos y antes de adquirir la condición de imputado, o en el seno de actuaciones inspectoras de la AEAT dentro de los cuales se hace obligatoria esa colaboración que, sin embargo, luego, revierte en contra de quien la presta, fundando una condena penal.

b) Se le atribuyó tardíamente la condición de imputado, en un momento en que ya desde antes venía siendo investigado.

c) Se simultanearon actuaciones inspectoras de la Administración Tributaria con el proceso penal lo que sería contrario a la legalidad.

Dos primeras observaciones comunes a la tríada de temas introducidos se hacen muy convenientes:

a) Primeramente, debe destacarse que tal y como ha demostrado conocer bien el recurrente al argumentar en los motivos anteriores en pro de una nulidad meramente parcial (que excluyese de la ineficacia los pronunciamientos absolutorios) -y ha argumentado con acierto, pues así no solo lo permite la jurisprudencia pertinentemente invocado, sino que lo impone el principio de conservación de los actos procesales (art. 243 LOPJ)-, no basta detectar una nulidad para echar al traste todo el procedimiento. Si se descubre que una providencia al comienzo del procedimiento fue nula por la razón que sea (falta de una firma, error manifiesto sobre un presupuesto, etc…) eso no significa ya que todo lo que se haya actuado con posterioridad se venga abajo. Solo perderán eficacia aquéllas actuaciones que están directamente vinculadas con el acto nulo, no aquellas otras cuyo contenido hubiere permanecido igual. Un procedimiento penal no es equiparable por fortuna a un conjunto de naipes apoyados unos en otros de forma que quitar uno hace caer todo el castillo levantado en precario equilibrio. En un proceso hay líneas diferentes que conviven y avanzan en paralelo. Todos los actos obedecen en la instrucción a las mismas finalidades (art. 299 LECrim) pero no todos están encadenados en una secuencia unidireccional. Hay nulidades parciales. Una entrada y registro nula, no produce la nulidad de todo el procedimiento incoado por un asesinato en que el autor ha confesado y dos testigos confirman su autoría. Serán nulas las pruebas emanadas de tal diligencia nula, pero no el resto del procedimiento. La nulidad de un acto arrastra solo la de los subsiguientes que se apoyan directamente en él; no las de otros independientes. Y cuando se trata de aportaciones probatorias la consecuencia será la nulidad (mejor *intuilizabilidad)* de ese concreto medio de prueba, pero no la de todo el procedimiento. Una declaración exculpatoria

del acusado, realizada sin que se le haya informado de sus derechos (la diligencia es nula) no implica que la causa esté abocada ya a un pronunciamiento absolutorio pese a que tres testigos y varias pruebas periciales (adn, dactiloscópica, balística) acrediten la autoría. Esto es tan elemental como absurdo sería lo contrario.

b) El ejemplo que acaba de apuntarse sirve para dar paso a la siguiente observación: para provocar la nulidad la deficiencia legal habrá de haber originado **efectiva indefensión**, no una potencial o hipotética indefensión; es decir un perjuicio en el derecho de defensa. Por eso, por mucho que haya sido realizada al margen de todas las garantías, la declaración del acusado en que sostiene de forma razonada, inteligente, convincente y vehemente su inocencia no ha de ser anulada, aunque no se le hubiese advertido antes de su derecho a no confesarse culpable: no le ha ocasionado indefensión. Antes bien redundaría en su perjuicio expulsarle del procedimiento.

Desde estas dos consideraciones decae el armazón del tercero de los motivos, sea cual sea el juicio de fondo que nos merezca la muy ilustrada argumentación del recurso:

a) La documentación aportada por el recurrente (justificantes de los gastos de la celebración de los dos foros) era toda exculpatoria. Es más, si entendiésemos que su aportación es nula (no es posible hacerlo precisamente por ello) y que no debe ser valorada en absoluto, haciendo como si no estuviese en la causa, probablemente tendría que haberse llegado a un pronunciamiento mucho más gravoso para el recurrente condenando por malversación. Lo que milita en su contra no es lo que ha aportado, sino lo que ha dejado de aportar. Si se considerase que lo correcto es entender que no ha aportado ninguna documentación de la que se le requirió su posición procesal desde el punto de vista probatorio empeoraría notablemente.

b) En cuanto a la base de la condena por malversación concretada en unos específicos pagos es obvio que no estriba en los documentos

aportados (en todo caso en lo no aportado). El motivo, como destaca el Fiscal, tiene un carácter meramente preventivo ante la posibilidad de estimación de algún recurso de la acusación, que han sido desestimados. Pero, aunque fuese de otra forma, el argumento no podría prosperar: la documentación aportada ha dado lugar a diligencias que redundan en beneficio de la tesis defensiva. Mal negocio efectuaría el recurrente logrando su anulación.

c) Además, esa nulidad no podría extenderse al resto del procedimiento desvinculado de esos concretos elementos de prueba: documental y testifical relacionada con ella. Las declaraciones de coacusados, los documentos recabados de otras oficinas, las manifestaciones de testigos no relacionados con tales documentos en nada se verían afectados. El recurrente habría de argumentar señalando cómo uno de esos documentos aportados por él está sirviendo de fundamento a alguno de los pronunciamientos condenatorios. No lo hace así. Ni podría hacerlo.

Pero en cualquier caso ese discurso, que el propio impugnante reconoce ser en buena parte preventivo, y que se presenta adornado de pronunciamientos jurisprudenciales nacionales y supranacionales recogidos con toda pertinencia, desborda los objetivos del motivo tercero, impregnando también el cuarto centrado en la condena por el delito de defraudación tributaria. Conviene por ello detenerse en tal cuestión.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. - ¿Es viable recabar de un investigado la entrega de documentación que podría servir para su imputación?

Frente a la jurisprudencia del TEDH, que ofrece respuestas más matizadas, del Tribunal de Luxemburgo han emanado algunos pronunciamientos que proporcionan base para establecer que cuando existe una obligación legal de colaborar con la actuación inspectora de la Administración, no tendrá juego ninguno el derecho a no colaborar con la propia incriminación (sentencia de 18 de octubre de 1989, caso *Orkem;* sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de octubre de 2001, caso

Mannesmannröhren; o sentencia de 25 de enero de 2007, de la Sala Primera del Tribunal de Justicia, caso *Dalmine*). Se diferencia entre lo que son declaraciones y lo que es aportar documentación: lo que ampara tal derecho es la negativa a contestar preguntas directamente incriminadoras.

El tema apareció en la jurisprudencia constitucional nacional en dos pronunciamientos. La STC 68/2006, de 13 de marzo zanjaba el problema sometido a su consideración (utilización para una condena penal de la documentación e información reclamada durante la sustanciación del expediente administrativo previo) argumentando que *in casu* el sujeto pasivo del expediente era una Sociedad y no su gerente que fue el finalmente condenado en el posterior proceso penal.

La STC 18/2005, de 1 de febrero considera también legítima la condena por delito contra la Hacienda Pública por cuanto la documentación utilizada como prueba recabada en la previa inspección tributaria fue proporcionada por la sociedad y no por la persona física finalmente condenada.

Antes de estos dos pronunciamientos aludidos, las SS TC 110/1984 y 16/1990 se movieron por otros derroteros, aunque pensando de manera primordial en sanciones de tipo administrativo y no condenas penales. La STC 233/2005 expresa que *"es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio,FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que "el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión*

tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE" (AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 y STC 292/2000 de 30 de diciembre)".

La Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado –invocada por la Abogacía del Estado- argumenta así: *"Por último, resultan también muy expresivas las múltiples sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con la validez de las pruebas de detección de alcohol en sangre realizadas por agentes de la autoridad, donde, mutatis mutandi, se proporcionan razonamientos predicables respecto de aquellos documentos que se obtengan bajo apercibimiento de sanción administrativa en el marco de procedimientos administrativos de inspección tributaria o de la Seguridad Social, reintegro de subvenciones, fiscalización de cuentas etc. El Tribunal Constitucional entiende que el sometimiento a las pruebas de detección alcohólica bajo advertencia de incurrir en delito de desobediencia en caso de negativa, no constituye vulneración alguna del derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, por lo que la colaboración que se le exige no incide en los derechos reconocidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución; ello siempre y cuando tales diligencias se realicen con todas las garantías formales que sean de aplicación y se incorporen al proceso para someterse a contradicción durante la instrucción y en el juicio oral. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1990 de 26 de abril refiere que no es posible hablar de declaración desde el punto de vista del derecho a no autoinculparse, en el cumplimiento del deber ciudadano de someterse al test de alcoholemia o en la aportación o exhibición de aquellos documentos contables que sean requeridos coactivamente por la Administración Tributaria, existiendo un deber de exhibición de estos documentos, sin que esta aportación pudiera equipararse a una declaración contraria a lo previsto en el artículo 24.2 de la Constitución. Igualmente, la Sentencia número 161/1997 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 2 de Octubre de 1997 alude a que "Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza, sin embargo, a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias, tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia". En similar sentido, resultan también ilustrativas las Sentencias del Tribunal Constitucional números 103/1985, 195/1987, 3/1990,*

202/1991, 24/1992, 252/1994, 197/95, 234/1997, 89/1998 y 111/1999. La anterior doctrina resulta coherente con la del propio TEDH en las Sentencias de los casos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993, Murray contra el Reino Unido de 8 de febrero de 1996, Miailhe contra Francia de 26 de septiembre de 1996, Saunders contra Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, J.B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001, Allan contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 2002, O´Halloran y Francis contra el Reino Unido, de 29 de junio de 2007, Satir contra Turquía, de 1 de diciembre de 2009 y Brusco contra Francia, de 14 de octubre de 2010, en las que, en relación con el derecho a no autoinculparse del imputado, se precisa que dicha prerrogativa no se ve afectada por el acceso a los elementos de prueba que existen con independencia de la voluntad de la persona en cada caso. Así, la Sentencia del caso Saunders contra Reino Unido expresa en su parágrafo 69 que el derecho a no declarar contra sí mismo tal y como se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las partes contratantes de la Convención, se refiere en primer lugar al respeto a la decisión el acusado de guardar silencio, de modo que no se puede obligar a nadie a declarar o a responder preguntas, aun cuando, según argumenta la Sentencia de 8 de febrero de 1996 en el caso Murray contra el Reino Unido, sí se pueden extraer conclusiones del silencio en caso de ser razonable esperar una respuesta del inculpado. Según el TEDH, esta interpretación en relación con el derecho a guardar silencio no se extiende al uso en el procedimiento penal de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a los poderes coercitivos y que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como por ejemplo los documentos, las pruebas de aliento, de sangre o de orina, así como tejidos corporales para la realización de un análisis de ADN, en cuyo caso, debe efectuarse una ponderación respecto de la naturaleza y grado de la coerción, el peso del interés público comprometido en cada supuesto, la existencia o no de garantías apropiadas en el procedimiento, y la utilización hecha de los elementos finalmente obtenidos en el proceso, donde rige el principio de igualdad de armas y resulta posible, en el marco del ejercicio del derecho de defensa, su impugnación y/o la aportación de datos o argumentos alternativos y/o exculpatorios".

A nivel de jurisprudencia ordinaria proporciona algún criterio contrario a la tesis que alimenta el motivo que analizamos la STS 259/2015 de 30 de abril: "...l*a afirmación de que le emisión de un informe administrativo, en su condición funcionarial, en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, por el después acusado, determina la nulidad de todas las actuaciones por vulnerar el derecho fundamental a no auto incriminarse, es de difícil justificación pues no nos encontramos ante una "contribución de contenido directamente incriminatorio."*

En efecto, el ahora recurrente redactó el informe preliminar solicitado en los términos que estimó convenientes, en realidad autoexculpatorios, resultando posteriormente, de otras pruebas y testimonios que no de su propio informe, la apreciación de indicios racionales de su presunta participación delictiva en los hechos, siendo esta prueba adicional la que motivó su acusación por el Fiscal.

En este mismo sentido, puede ser relevante tomar en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la colisión entre el derecho a no autoincriminarse y la obligación de proporcionar información en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Señala el TJUE, por ejemplo en la sentencia Dalmine (Dalmine/Comisión, Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 25 de enero de 2007), que el derecho a no declarar contra uno mismo sólo es aplicable cuando se trata de solicitudes de información que obligan al destinatario, coercitivamente, a dar una respuesta sobre una específica cuestión incriminatoria.

Esta doctrina jurisprudencial debe estimarse relevante tanto por su origen en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que constituye el verdadero Tribunal Supremo de la Unión Europea, como por el hecho de que en el Derecho Penal actual se ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y son cada vez más numerosos los tipos penales que integran un elemento normativo de naturaleza administrativa, por lo que la concurrencia de una investigación previa de carácter administrativo, o en todo caso prejurisdiccional, será cada vez más frecuente (véase lo que sucede en el ámbito del delito fiscal, o de los fraudes de subvenciones, por ejemplo).

Según dicha jurisprudencia, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, ***pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión*** *(SSTJUE de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión; de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión y de 14 de julio de 2005, ThyssenKrupp/Comisión).*

Es digna también de ser reseñada la STS 374/2017, de 20 de abril:

El motivo noveno se ampara en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de los derechos fundamentales a la defensa y a no declarar contra sí mismo, ambos garantizados en el artículo 24 de la Constitución, por estimar que **la inspección de los tributos a partir de la 2.ª diligencia debió ser paralizada,** para deducir el tanto de culpa, y pese a ello tal paralización no se produjo y se siguieron solicitando documentos al representante del obligado tributario, documentos que más tarde conformaron la acusación.

Ya en la primera Diligencia de Inspección ésta toma una dirección investigadora muy clara y determinante, pues solicitan no por casualidad, entre otra documentación, los «contratos» y «modificaciones, si las hay», suscritos por D. X, «con personas o entidades, residentes **o no residentes** en España, de cesión del derecho a la explotación de su imagen», así como los «contratos» de representación o asesoramiento en el que incluyen los derechos de imagen.

A raíz de dicha petición, en la segunda Visita de Inspección, de fecha 19 de julio de 2011, los asesores fiscales de D. X aportan parte esencial de la documentación requerida, atendiendo sucesivos requerimientos.

Invoca la norma tributaria (artículo 95.3 de la LGT) que ordena deducir por la Administración el tanto de culpa remitiéndolo a la jurisdicción penal, precisamente cuando el procedimiento administrativo alcanza el estado que tenía al tiempo de aquella segunda visita de inspección y que, según el mismo informe último de la «AEAT», ya permitía valorar la existencia de delito. En apoyo de su tesis invoca la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 17 de diciembre de 2006 en el caso *Sanders v. Reino Unido.*

2.- La sentencia recuerda que D. X, apoderado de D. X ante la Inspección de Hacienda, manifestó con toda contundencia desde el principio -y a pesar de que, según mantiene en el plenario, le amparaban sentencias del Tribunal Supremo en cuanto a la obligatoriedad de aportar a la Inspección toda la documentación requerida por Hacienda,- que optó por facilitar a los actuarios toda aquella documentación que obraba en su poder, comprometiéndose a aportar toda aquella otra con la que no contaba, subrayando que esa voluntad de colaboración la ofreció desde el comienzo mismo de la inspección.

Y argumenta la sentencia recurrida que además de que el contrato de 3 de marzo de 2005, con el que cuenta la Inspección desde la segunda diligencia, es, sin duda, el punto de partida para la investigación de los hechos, no constituye, por sí solo, un mecanismo defraudador, es incoherente hacer gala de aquella actitud colaboradora y formular luego esta queja de quiebra del derecho de defensa y a no declarar contra sí mismo. Además de recordar el deber legal de colaborar con la administración tributaria en su labor de comprobación e inspección, que resultó muy compleja, aquellas diligencias que se extendieron en el tiempo eran ineludibles para determinar la entidad del comportamiento de elusión y su calificación eventualmente delictiva.

3.- En cuanto a la obligación de traslado por la «AEAT» del tanto de culpa a la jurisdicción disponía el artículo 180 de la LGT vigente al tiempo de iniciarse el expediente: **1.** Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasaría el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitiría el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendría de seguir el procedimiento administrativo, que quedaría suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impediría la imposición de sanción administrativa. De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciaría o continuaría sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudaría el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el periodo de suspensión se tendrían por inexistentes.

Resulta revelador del alcance en el tema objeto de denuncia la regulación dada al apartado 5 del artículo 305 en la reforma por Ley Orgánica de 7/2012, cuando continuaba aún la actuación administrativa de la inspección tributaria. Expresamente se establece que la actuación inspectora, incluyendo la liquidación, continuará en relación a conceptos y cuantías, aunque se encuentren vinculados al posible delito contra la Hacienda. Y lo mismo se trasladó al contenido del artículo 252 de la LGT en la reforma llevada a cabo por ley

34/2015: La Administración Tributaria **no pasará el tanto de culpa** a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal salvo que conste que el obligado tributario no ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, **antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia** contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Lo que, incluso prescindiendo de la vigencia de tales normas al tiempo de los procedimientos penal y administrativo en este caso, cuando menos aleja la sospecha de inconstitucionalidad que se pretende en el recurso. Ningún recurso ante el Tribunal Constitucional consta en relación a dichas disposiciones. El recurrente no acredita que la eventual demora del traslado del tanto de culpa se tradujera en concretos perjuicios de su derechos defensa. Al menos perjuicio diverso del que causaría la pérdida del privilegio de no autoincriminarse. El recurso parece entender que hasta la apertura del proceso penal el recurrente estaba obligado a presentar la documentación requerida. Y no una vez abierto éste (Puntos A, II y D.I y II del motivo). De ahí que el retraso en la apertura del proceso penal derivaría en conjurar el riesgo de prueba ilícitamente obtenida, por lograda bajo coacción.

Pero, como estudiaremos y el propio recurrente alega, aquel derecho *nemo tenetur* resulta de aplicación incluso respecto de las declaraciones en sede administrativa para el caso de su posterior uso en el proceso penal contra quien declara en aquélla autoincriminándose.

En consecuencia, este primer aspecto del motivo resta sin contenido y carece de la relevancia constitucional que se postula.

4.- Lo que nos lleva al examen de la queja sobre la supuesta lesión del derecho a no autoincriminarse por la utilización de medios de prueba obtenidos bajo supuesta coacción.

En relación a la cita que se hace de la doctrina del TEDH en el caso Saunders conviene recordar, ya que el recurrente no lo hace, que el ciudadano actuaba bajo la siguiente regulación: *los inspectores tuvieron nueve entrevistas con el demandante, quien asistido por sus abogados estaba obligado a responder a las preguntas. En caso contrario, un Tribunal podía condenarle por contempt (desobediencia a la autoridad) a una multa o a una pena de reclusión hasta dos años.*

El TEDH afirmó que la cuestión de si, a la luz de las circunstancias de la causa, el demandante fue víctima de una vulneración injustificable de su derecho a no contribuir a su propia incriminación **dependerá del uso realizado por la acusación, durante el proceso, de las declaraciones obtenidas por los inspectores bajo amenaza de sanción.** Pero advirtiendo que **no prohíbe el uso, en un proceso penal, de datos que hayan podido obtenerse del acusado recurriendo a facultades coercitivas, pero que existan con**

independencia de la voluntad del sospechoso, como, por ejemplo, las muestras de aliento, sangre y orina.

Estimado que lo que ocurrió en aquel caso es que se utilizaron ***declaraciones*** del acusado con finalidad incriminatoria, hipótesis muy diversa de la aportación de documentos.

Y que por ello no entró a examinar la cuestión de las alegaciones del señor Saunders con arreglo a las cuales las autoridades instructoras retrasaron deliberadamente el inicio de la investigación policial para permitir a los inspectores recoger elementos de prueba en el ejercicio de sus facultades coercitivas.

La compulsión (penal) que justificó la sentencia europea es inimaginable en el caso que ahora juzgamos, pues en absoluto podía dar lugar a estimar cometido el delito de desobediencia (A lo sumo la sanción administrativa prevista en el actual artículo 198 de la LGT o en el artículo 203 de la misma en la redacción vigente por ley de 2003) Ni lo utilizado en el proceso penal fueron declaraciones vertidas por el acusado, sino datos que existían previamente fijados en documentos y obtenibles en su caso al margen de la voluntad del acusado.

Similar compulsión en la obtención de declaraciones en fase de investigación administrativa fue la que concurrió en el caso J. L., G. M. R. y A. K. P. contra REINO UNIDO en el que recayó la sentencia del TEDH de fecha 9 de septiembre de 2000. En efecto en tal asunto la premisa descalificada por el TEDH fue la de que los inspectores interrogaron separadamente a los solicitantes en varias ocasiones. La ley imponía a estos últimos la **obligación de responder a las preguntas** que se les planteaban. En su defecto, **un Tribunal podía** concluir que se había atacado la autoridad de la justicia e **imponerles una multa o una pena de prisión que podía llegar hasta los dos años.** La justificación de la sentencia radicaba en que la acusación realizó ante el jurado la **lectura durante tres días de las actas de las entrevistas de los solicitantes con los inspectores** del DTI, de manera que tendiera a acusarlos. Es decir, se usan declaraciones no equivalentes a documentos entregados.

Ciertamente en el caso Chambaz contra Suiza el TEDH (sentencia de 5 de abril de 2012) examinó la legitimidad de la imposición de una sanción pecuniaria a quien, requerido por la administración tributaria, no atendió el requerimiento de aportar documentación, porque de ella podía derivar responsabilidad penal.

Desde luego la legitimidad de tal sanción es diversa de la que se cuestiona cuando, sí se aporta la documentación requerida, lo que se plantea es si cabe utilizar lo así aportado en el proceso penal. El TEDH estimó que tal derecho implica que las autoridades buscarán el fundamento de su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo presión o con desprecio de la voluntad del acusado.

En el caso por nosotros ahora juzgado es de subrayar: **a)** que no se alega ni consta que en la citación al recurrente se le advirtiera que de no atender el requerimiento se le sancionaría de ninguna manera; **b)** que el requerimiento fue voluntariamente aceptado por el recurrente una vez asesorado jurídicamente y cumplimentado por quien le representaba en su relación con la administración tributaria, y **c)** que ninguna sanción fue impuesta en relación con las respuestas dadas a los sucesivos requerimientos.

Por otra parte, tampoco se ha hecho uso para justificar la condena de declaraciones pre-procesales del acusado. Lo que, por otra parte, estaría vetado incuso al margen del derecho *nemo tenetur* o privilegio de no autoincriminación.

Y respecto a este último bastaría advertir que tal derecho **no es en absoluto irrenunciable**. El acusado puede declarar cuantas veces desee. Eso sí siempre advertido del derecho a no hacerlo. En el presente caso el asesoramiento al efecto era evidente ya que fueron sus asesores, a quienes el recurrente reconoce alta cualificación técnica, los que contestaron a los requerimientos. Y, reiteramos, no fue su declaración lo que se erigió en fundamento de la condena.

En la STC 142/2009 se advirtió que no atentaba al derecho a no autoincriminarse, siquiera en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, que en la comparecencia en el expediente de información reservada los recurrentes fueran preguntados sobre los hechos denunciados, tras darse lectura al escrito de denuncia, realizando **libremente y sin coacción alguna las declaraciones que tuvieron por conveniente** y añadiendo, también de forma absolutamente voluntaria -como destaca el órgano judicial- las **manifestaciones por las que posteriormente fueron sancionados.**

En relación con tal derecho el TC ha establecido una bien conocida doctrina de la que es ejemplo la sentencia 68/2006: *los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable «son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, **puede optar** por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable» (SSTC197/1995, de 21 de diciembre, F. 6; 161/1997, de 2 de octubre, F. 5; 229/1999, de 13 de diciembre, F. 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, F. 4 a); 67/2001, de 17 de marzo, F. 6). Y hemos declarado asimismo que los citados derechos «entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación» (STC 161/1997, de 2 de octubre, F. 5).*

Pero precisó «no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo» (vid. STC 18/2005 de 1 de febrero).

Los alegatos son inatendibles como evidencia este panorama jurisprudencial.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- Tampoco es compartible el argumento que denuncia un retraso en la atribución de la condición de imputado. Se dice

que cuando el Instructor requirió a Noos para la entrega de documentación ya contaba con indicios para atribuir esa condición al recurrente. Aparte de que no es así, omite el recurrente un razonamiento específico para evidenciar por qué eso le había causado indefensión.

Y lo mismo sucede en relación a la denunciada investigación paralela en cuanto al delito de defraudación tributaria que denuncia explicando que la Inspección tendría que haber parado sus diligencias. Además de que como explica con nitidez en su escrito. La Abogacía del Estado –que en este punto hemos de asumir- no existió esa irregularidad, tampoco de ahí se deriva indefensión alguna. Nótese que estamos ante una regla legal, pero no derivada de ningún derecho fundamental: la ley ha permitido en ocasiones un sistema diferente. Y, de nuevo, es preciso recordar que la nulidad no viene dada por cualquier irregularidad o desviación de la legalidad, sino tan solo cuando se afecte a derechos fundamentales y además se provoque una efectiva indefensión.

Dice el Fiscal y dice bien: "esa suspensión del procedimiento no significaba que la administración tributaria no pudiera practicar diligencia alguna con anterioridad. Y, posteriormente, ya partiera de sus servicios de inspección, la iniciación de procedimiento judicial, o de una investigación diferente, cualquiera que hubiera sido el camino seguido por la noticia criminis, estaba obligada a prestar el auxilio judicial al juzgado o tribunal que se lo requiriera en el curso de una investigación penal. Así se deriva del propio texto constitucional: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto", art. 118.CE.

La AEAT intervino en el procedimiento a partir de un momento como auxilio judicial en ejercicio de sus funciones (art. 103.6 Ley 31/1990)

La Abogacía del Estado y en este punto asumimos su impugnación explica los tres tipos de actuaciones diferenciadas que la AEAT ha desplegado en este procedimiento: actuaciones inspectoras, administrativas, auxilio judicial y cesiones de información. Y detalla toda la cronología y contenido de cada una de esas tres vertientes.

La AEAT actuó en cumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales para prestar auxilio judicial, sin perjuicio de la investigación previa llevada a cabo conforme a sus propias competencias, y hasta el momento de suspensión de la investigación administrativa. No se aprecia afectación de ninguno de los derechos que se dice haber sido infringidos.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. – El quinto motivo de este recurso pone sobre la mesa una cuestión controvertida. Impugna la condena por el delito de **blanqueo de capitales** que la sentencia de instancia fundamenta en el manejo de fondos a través de cuentas y sociedades radicadas fuera de España, fondos que conecta con la cuota defraudada por IRPF en el ejercicio correspondiente al año 2007 determinante de su condena por el delito del art. 305 CP. Esos movimientos dinerarios, a través de terceras personas muchas veces, y empleando cuentas corrientes abiertas en otros países de forma que se dificultaba su seguimiento, se ocultaba titularidad y origen y, eventualmente, podría servir para aflorarlos nuevamente (¿?) al tráfico económico, supondrían *lavar* o *blanquear* esa cuota defraudada que como tal ha de considerarse *proveniente* de una actividad delictiva (defraudación tributaria) e idónea para constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales definido en el art. 301 CP.

La sentencia construye el delito de blanqueo de capitales haciendo abstracción del delito de malversación de caudales públicos por el que también viene condenado este recurrente. No le atribuye acciones blanqueadoras relativas a los fondos malversados (445.000 euros). Por una parte, eran fondos con plena apariencia de legalidad -documentados mediante facturas-. No necesitaban ser *banqueados.* Además, se aprecia una relevante lejanía temporal entre su obtención y los movimientos que la Audiencia reputa operaciones de blanqueo (año 2008).

La cuestión dogmática implicada ha sido objeto de viva polémica. Queda sintéticamente expuesta mediante un interrogante bien simple: la inversión o manejo del importe de las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública en la modalidad de elusión del pago de tributos ¿representa o puede representar un delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP?

El tema fue abordado y resuelto en sentido afirmativo por esta Sala en su STS 974/2012, de 5 de diciembre (caso *Ballena Blanca*) que el Fiscal recoge en su dictamen con una generosa transcripción. El voto discrepante, que acompaña a la sentencia es reflejo de la polémica que rodea esta cuestión.

El debate doctrinal subsiste. Como veremos, será innecesario en este supuesto concreto volver sobre esa problemática que, a nivel jurisprudencial, hoy por hoy, está solventada por ese precedente.

Puede apostillarse, de cualquier forma, que en el marco de la Unión Europea la última Directiva sobre blanqueo de capitales recién aprobada apuesta decididamente por la consideración del delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales. Dice su art. 3, nº 4: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por... 4) «actividad delictiva»: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de los delitos graves siguientes… f) todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses;"

Algunos piensan que la plena implementación de tal Directiva precisaría en rigor un ajuste del art. 301 CP. No es esa la postura oficial de esta Sala como evidencia el citado precedente: se trataría de una medida ya consolidada en nuestra norma penal. Y reforzada en la reforma de 2015 por la previsión en sede de decomiso de los delitos contra la Hacienda Pública entre las infracciones aptas para generar ganancias.

La STS 974/2012, tras dibujar una panorámica de derecho comparado y textos internacionales para apuntalar su posición, trata de refutar todos y cada uno de los argumentos blandidos en contra de la tesis favorable a conferir al delito de defraudación tributaria idoneidad para erigirse en delito

antecedente del blanqueo de capitales. Y, además, sostiene con firmeza esa postura.

No obstante, esa misma sentencia traza unos estrictos condicionantes para justificar una condena con ese presupuesto. No basta con cometer un delito de defraudación tributaria para que, acto seguido y a partir de ese momento, cualquier inversión, gasto, uso o traslado de dinero, adquisición… se convierta en un delito de blanqueo de capitales (auto blanqueo si es el obligado tributario quien lo hace; heteroblanqueo si es ayudado por terceros que colaboran con él: la punibilidad del autoblanqueo venía admitida por la jurisprudencia antes de la reforma de 2010, lo que hace descarrilar la queja en ese sentido del recurrente: SSTS 796/2010, de 17 de septiembre ó 313/2010 de 8 de abril, así como Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 18 de julio de 2006).

Para que estemos ante un delito de blanqueo será necesario, de una parte, que se trate de operaciones en las que sea detectable una finalidad específica de encubrimiento del origen ilícito.

De otra, que se pueda establecer una ligazón clara entre el flujo de dinero manejado y la cuota defraudada.

En el caso del delito de defraudación tributaria estas exigencias adquieren perfiles diferentes a aquellos con que se presentan en otras infracciones. En un delito de tráfico de drogas, o contra el patrimonio, están identificados y relativamente acotados desde el primer momento los bienes procedentes de esa actividad criminal y son diferenciables de los que pudieran obrar en poder del delincuente con anterioridad. Es más, en muchas ocasiones es esa fuente ilícita la única que reporta ingresos al supuesto blanqueador, lo que permite jugar con relativa facilidad con la prueba indiciaria: carece de ingresos lícitos; maneja abundante dinero; su origen no está acreditado; aparece probada la relación personal con actos delictivos, *ergo* los bienes que mueve han de tener indudablemente esa procedencia.

Cuando junto a los bienes provenientes de la actividad delictiva concurren otros de origen lícito el panorama se enturbia. Los movimientos que se efectúen con fondos de fuente lícita por definición no pueden constituir delito de blanqueo, lo que no obsta a que la fungibilidad del dinero haya de ser tenida en cuenta para no llegar a simplistas e inadmisibles soluciones de impunidad en virtud de argumentos con visos de sofisma.

En el delito de defraudación tributaria necesariamente el autor cuenta con ingresos lícitos, aunque puedan ser opacos. Es de esencia de esta infracción que solo pueda cometerse por quien goza de capacidad económica suficiente para ser obligado tributario. Inexorablemente sus ingresos serán superiores a la cuota defraudada. Esta es manifestación de su capacidad económica y, como indica su nombre, es solo una porción de sus ganancias, una cuota. Ya no es dable establecer ese enlace automático entre el dinero o los fondos que se manejan y la actividad delictiva previa. Esta no contamina todo el patrimonio, que, por necesidad, ha de ser más amplio. Solo *ensucia* estrictamente una parte, una cuota, la cifra a la que asciende el fraude fiscal. Resultaría un artificio inaceptable considerar *ensuciado* todo el patrimonio que puede ascender a muchos millones, por una defraudación de ciento veinticinco mil euros. Una cosa es que el dinero sea *opaco*, que se haya querido mantener oculto (dinero *negro)* lo que no es suficiente para el delito de blanqueo -sí para el delito tributario (cumplidos los demás requisitos)-; y otra que el dinero provenga de un delito *(*dinero *sucio).* El dinero *sucio* será *negro* en muchos casos. Pero ni todo el dinero negro es sucio, ni todo el dinero sucio es negro.

Así, los fondos provenientes aquí de la malversación serían dinero *sucio*, pero no *negro* jugando con esos calificativos un tanto simplistas, pero llenos de plasticidad, que convencionalmente manejamos ahora.

No todo el dinero del defraudador fiscal proviene de un delito. Solo cabe colgar esa etiqueta a una parte del mismo: la equivalente a la cuota defraudada. La comisión del delito fiscal, que se consuma cuando ya, desde al menos varios meses antes, el dinero está a disposición del autor, solo *contamina* una cantidad, justamente el monto que no se ingresó en

Hacienda. Solo respecto de esa cifra (no sin cierto esfuerzo dialéctico que en todo caso el Legislador –art. 1 de la Ley 10/2010- obliga a realizar) puede afirmarse su procedencia de un delito. El resto provendrá de las actividades que hayan generado esos rendimientos (laborales, negociales…).

El delito de blanqueo requiere, por otra parte, una intención de ocultar el origen para hacer pasar como legítimo el ingreso. Solo entonces hay blanqueo. Limitarse a gastar o invertir lo defraudado, si su importe goza de total apariencia de un cobro legítimo, legal, no puede ser delito del art. 301 CP. (sería, enlazando con la nomenclatura aludida, dinero *sucio*, pero no *negro*).

Y es que el delito de blanqueo de capitales, según viene afirmando la jurisprudencia de esta Sala con el propósito de embridar los desmesurados contornos que parece atribuirle la norma (especialmente cuando pensamos en el castigo del auto blanqueo), no se consuma con el simple disfrute, gasto o trasmisión de lo procedente del delito (lo que no es más que agotamiento del delito previo, es decir, un acto copenado). Requiere un elemento subjetivo: han de tratarse operaciones realizadas con la específica finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo. La última jurisprudencia sobre el art. 301 resalta la esencialidad de ese elemento subjetivo que ha de presidir todas y cada una de las conductas castigadas: **“**con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito”. Esa finalidad u objetivo de la conducta debe guiar cada uno de los comportamientos enumerados en el precepto (SSTS 1080/2010, de 20 de octubre, 265/2015, de 29 de abril, 699/2015, de 17 de noviembre, 693/2015, de 12 de noviembre, 690/2015, de 27 de octubre ó583/2017, de 19 de julio) para ser considerados delictivos.

La actividad blanqueadora es algo distinto de operaciones financieras o movimientos de capital dirigidos más que a disimular el origen de los fondos (en este caso encubrir que entre esos fondos se esconde la cuota defraudada), a propiciar su opacidad por razones también tributarias de futuro o de elusión de responsabilidades patrimoniales que pueden no tener nada que ver con el delito antecedente.

Recordemos algunos de los razonamientos de la STS 974/2012, que partiendo de la tesis de la compatibilidad de una condena por el art. 305 CP con otra derivada de ella por virtud del art. 301 CP fija luego unos condicionantes que sintonizan con las reflexiones vertidas.

"La postura favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo parte de una premisa básica cual es que no se debe confundir el blanqueo de la cuota defraudada con el blanqueo de los fondos que dan lugar a la cuota defraudada…

Es rechazable el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio "ne bis in idem", por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.

Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos…

Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.

Esta Sala, con las reservas que se apuntarán, se inclina por ésta última posición por las siguientes razones:

1º) En primer lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo –en vigor desde el 30.04.2010- dice:

***"a los efectos de esta Ley"** se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, **"con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública"**.*

Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.

En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito "grave" como antecedente de un ulterior blanqueo, desde la reforma LO. 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, y en virtud de la reforma LO. 5/2010 de 22.6, el párrafo 1º del art. 301 utiliza la expresión "actividad criminal" en vez de delito, significándose en la doctrina que la razón de tal expresión es el criterio

jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior blanqueo de capitales.

Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave…

2º) El Derecho Comparado

Un análisis de la situación jurídica en otros países permite constatar que en algunos tribunales ya se ha pronunciado a favor de admitir que el fraude fiscal constituya delito previo del blanqueo…

3º) -La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo

Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. ***Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.***

…Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.

La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento en que esto sea así, se dice que los bienes están "contaminados". Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia

Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva –en este caso el delito grave (delito fiscal)- el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito procedente del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva

precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o participes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), -argumenta el sector doctrinal favorable- el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda Pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal…

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por ***cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.***

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen —todavía- carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. *En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.*

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o

parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56 LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto, ***habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.***

En el caso presente, tal como se ha señalado en el motivo segundo, el importe de la cuantía defraudada en el delito fiscal ascendió a 9.259.373 coronas suecas (más de 1.000.000 euros), y el total blanqueado 765.744,25 euros, rechazando la sentencia que estas cantidades invertidas en España procediesen de ingresos obtenidos de la sociedad sueca. Siendo así la inferencia de que su origen estaba en la cuota tributaria defraudada es lógica y racional, dado que la conexión entre los beneficios generados por el delito fiscal y la actividad de blanqueo se deduce razonablemente, de la simultaneidad temporal entre los periodos en que se concretan el impago de los impuestos societarios y las de las operaciones de blanqueo efectuadas por el matrimonio en España, unido a que la mayor parte de la cantidad defraudada es precisamente la blanqueada y el propio sistema de canalización del dinero con sociedades interpuestas son elementos indiciarios suficientes para entender acreditada su vinculación con el previo delito fiscal y por ello, el ilícito carácter del dinero".

La posterior STS 182/2014, de 11 de marzo (caso *Reparaz)* aun manteniendo la misma solución, desecha el delito de blanqueo con un razonamiento que transita por la senda ya apuntada en el precedente comentado (*Ballena Blanca).* Se hace depender el delito de blanqueo de que exista una cierta correlación no solo temporal sino incluso cuantitativa; una vinculación, en definitiva, entre la cuota defraudada y los gastos o inversiones efectuadas. Al existir una actividad de defraudación fiscal prolongada durante múltiples ejercicios elude tal sentencia la punición por autoblanqueo por no haberse podido vincular a ejercicios concretos para

concluir que el dinero movilizado se correspondía precisamente con las cuotas impagadas determinantes de delito fiscal.

Esa correspondencia no siempre es fácil en cuanto la cuota defraudada es una cifra, un valor, y no un dinero efectivo. No puede siempre asignarse a algún capital específico del comprendido en el patrimonio del defraudador la etiqueta "cuota defraudada", de forma que solo si se gasta o invierte *ese* dinero y no otro, será blanqueo. Habrá supuestos en que pueda realizarse esa ligazón (por el volumen de lo blanqueado; por la mecánica que llevó al delito de defraudación tributaria; o por otras circunstancias en los términos apuntados en la citada STS 974/2012). Pero la vinculación no puede establecerse sin razonar, de forma caprichosa, voluntarista o arbitraria, sosteniendo, sin mayor justificación, que unas inversiones o movimientos se refieren justamente a esa cuota defraudada, cuando el defraudador ha llevado a cabo muchos otros gastos no constitutivos de blanqueo por hacerse a la luz y no ser idóneos para esa finalidad de ocultación (¿por qué no son esos gastos lícitos y legítimos los que han absorbido la cuota defraudada?); y/o, además, existen otros bienes o rentas que superan la cuota defraudada y que pueden haber sido los destinados a esas inversiones o movimientos; y/o en otros ejercicios se han producido defraudaciones tributarias no delictivas por no llegar al monto de 120.000 euros (¿no puede estar el origen de ese dinero en esas cuotas también altas, aunque inferiores a 120.000 euros?).

La ausencia de un razonamiento reforzado específico en la sentencia que descarte esas posibilidades y que se esfuerce en mostrar de forma mínimamente concluyente y no puramente apodíctica cómo el dinero manejado a través de esas cuentas representaba, al menos en parte, la cuota defraudada, lleva a la **estimación** del motivo. Es demasiado abierta la deducción. No es concluyente. Diciéndolo simplemente, bastaría con comprobar que en el patrimonio visible del recurrente existe una cantidad semejante a la cifra de la cuota; o que durante estos años ha realizado gastos por importe similar, para que fuese legítimo admitir como posibilidad que el dinero de la cuota defraudada eran esos gastos o que está

representado por los fondos radicados en cuentas transparentes; y, por tanto, no pudiese condenarse por el delito del art. 301.

La **estimación** de este motivo quinto deja sin contenido los motivos sexto, séptimo y undécimo.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. - Presunción de inocencia es el hilo conductor de los motivos octavo y noveno.

Extenso y variado, bajo el ordinal octavo, se contienen prolijos alegatos que desbordan en la mayoría de las ocasiones lo que es argumentable desde esa óptica. Más adelante y al hilo de otros recursos precisaremos algo más sobre la presunción de inocencia y su operatividad en casación. Aceptando las citas jurisprudenciales con las que el recurrente encabeza su extenso razonamiento, como no podía ser de otra forma, tenemos que apresurarnos a advertir que no respeta ese marco jurisprudencial la argumentación del recurrente que tiende a un cuestionamiento generalizado de la valoración probatoria y a veces incluso se adentra en temas de subsunción jurídica que deberían canalizarse por otras vías procesales.

Hay que dejar a un lado todas las observaciones sobre consideraciones de la sentencia que no tienen una traducción efectiva en la parte dispositiva. Sobre esos puntos (alguna fecha en relación a hitos en el Instituto Noos o sus socios y otras sociedades) es inútil discutir. Como lo es debatir si otras personas deberían haber sido acusadas: es eso responsabilidad de las acusaciones. No de la Audiencia, ni de este Tribunal; ni tampoco del recurrente.

Por otra parte, de propósito orillaremos igualmente todo lo relativo a delitos que han sido excluidos de la condena por razones más de fondo: blanqueo de capitales, falsedad, tráfico de influencias. Los alegatos referidos a esos particulares carecen ya de cualquier virtualidad y ocupan buena parte de las más de setenta páginas que se dedican a este motivo (el octavo de un total de veintisiete).

No ser ni funcionario ni autoridad no excluye la responsabilidad por delitos especiales como se ha explicado al abordar algunos alegatos del anterior recurrente. Y no ser experto en derecho no impide ser cooperador necesario de delitos de prevaricación como se razonará con más detenimiento en otro motivo interpuesto por este mismo acusado. No puede ser ajeno a la arbitrariedad de la decisión cuando, por ejemplo, se le reclaman presupuestos ficticios para revestirla de apariencia de legalidad.

Respecto a la no realización de los trabajos que sin embargo se abonaron dando lugar al delito de malversación existe actividad probatoria de cargo ya puesta de manifiesto: entre otras, las manifestaciones de algún coacusado. Siendo elogiable el esfuerzo volcado para tratar de desmentir esas afirmaciones, avaladas por elementos corroboradores, es inevitable advertir que la presunción de inocencia no permite a este Tribunal usurpar la posición que para valorar la prueba tiene el Tribunal de instancia.

Por lo demás buena parte de sus alegaciones combaten *molinos:* versan sobre hechos por los que ha sido objeto de absolución.

Es suscribible la apreciación del Fiscal que supone una enmienda a la totalidad del alegato: El motivo en su conjunto constituye una valoración de la prueba alternativa a la contenida en la sentencia objeto del recurso, contraria a la formulada por la Sala de instancia. Es comprensible dicha discrepancia en tanto la formulada por la parte persigue un pronunciamiento de este Tribunal que casando la sentencia absuelva al Sr. Torres, en tanto la contenida en la resolución fundamenta el fallo condenatorio contra el que se interpone el recurso. Siendo ello así, la valoración de la prueba compete al juzgador, y su revisión casacional, dando lugar al recurso, solo está permitida en aquellos supuestos en que sea absurda o irracional la ponderación de lo actuado en el procedimiento. El extenso desarrollo del motivo contiene una valoración alternativa de la prueba practicada, con el examen en paralelo de lo consignado en la sentencia en lo que a la trascripción de las declaraciones prestadas concierne.

Otro tanto cabe predicar del motivo noveno.

Falsedad y tráfico de influencias son infracciones que quedan al margen del motivo: se van a eliminar ambas condenas.

La cuestión de la responsabilidad del *extraneus* en delitos especiales, otra vez cuestionada, queda zanjada con la remisión a algún motivo del anterior recurrente.

Tampoco la insistencia en el delito de prevaricación, malversación o fraude a la administración aporta nada novedoso a cuestiones ya contestadas.

El recurrente pretende llevarnos a un plano no conciliable con la casación: la revaloración de toda la prueba, incluida la testifical. El Ministerio Público con paciencia va contestando uno a uno a sus argumentos con la fuerza de lo convincente. No es necesario entra en ese nivel de detalle: estaríamos apartándonos de lo que es la función de un Tribunal de casación.

Ninguno de los dos motivos examinados goza de virtualidad para alcanzar conclusiones distintas a las de la sentencia excepto en los particulares que han sido acogidos por la estimación de otros motivos de este recurso.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- El motivo décimo invoca otra vez la presunción de inocencia relacionándola ahora con el delito de defraudación tributaria.

La queja ha de ser igualmente rechazada. Se desborda nuevamente lo alegable a través de un motivo por presunción de inocencia.

Se reiteran primeramente argumentos contenidos en los motivos iniciales de este recurso que ya se han refutado. Se refieren a lo que considera irregularidades en la actuación de la Inspección dimanantes de la coexistencia de un procedimiento inspector en paralelo al procedimiento penal. Hay que remitirse a anteriores pronunciamientos.

En otro orden de cosas alude a discrepancias entre distintos informes de la Inspección. Esas discrepancias son contempladas y analizadas por la sentencia en contra de lo que aduce el recurso y desmienten de consuno Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado. Las resuelve de forma racional. Si

un informe es previo y provisional, no puede nadie extrañarse de que informes posteriores más definitivos contengan nuevas consideraciones que no tienen por qué coincidir”

La aplicación del levantamiento del velo está ampliamente justificada en la sentencia sobre el soporte de una plural prueba indiciaria que toma de algunos informes periciales pero que valora y sopesa con autonomía de criterio, críticamente, hasta el punto de rechazar algunas de las estimaciones. La lectura de la amplia motivación fáctica que sobre este punto contiene la sentencia lo pone de relieve.

Del dictamen del Fiscal tomamos esta atinada consideración: “en lo que a la doctrina del levantamiento del velo concierne, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que «las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden "correr el velo " tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social» (SSTS 274/1996, y 974/2012, de 5-12).

Y más adelante:

No constituye rechazo alguno de la pertinencia de aplicar la doctrina del levantamiento del velo, la declaración de existencia de actividad en una sociedad. Porque, obviamente, ello es absolutamente compatible con la posibilidad de ocultar a través de la persona jurídica ingresos que no son propios de la misma- incluso la existencia de esa actividad propia, favorece la opacidad- a fin de reducir, como aquí sucede, la cantidad que se debía abonar a la Hacienda Pública…”.

Discrepa el recurrente por fin en cuestiones sobre gastos. Enarbola el informe pericial en relación a estos extremos elaborado por Luis Atienza. Tal informe no vincula al Tribunal. De hecho fue impugnado y discutido por las acusaciones. Si la sentencia se aparta de sus apreciaciones es de forma razonada y razonable sin que quepa en un motivo por presunción de inocencia adentrarse en esas cuestiones de valoración de pruebas no confluyentes o que entran en conflicto. Es obvio que la simple aportación de documentos o facturas no es necesariamente –y otra vez tomamos prestada una observación del Fiscal- demostrativa de la realidad de un gasto.

Las escalonadas alegaciones que se suceden en este motivo no descartan la existencia de una prueba suficiente, razonada y concluyente de signo incriminatorio que funda el pronunciamiento condenatorio de la sentencia de instancia en cuanto al delito de defraudación tributaria que, en todo caso, será ligeramente dulcificado en casación a consecuencia del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- De entre las cuestiones aludidas en los motivos anteriores hay una que hemos apartado para dedicarle un fundamento separado. En realidad, como hemos dicho insistentemente el recurso, sin perjuicio de reconocerse el laborioso esfuerzo que refleja y se cristaliza en que plasma en auténticos alardes de abundantes y siempre pertinentes y nada superfluas citas jurisprudenciales y en la demostración de un exhaustivo conocimiento de la causa, desde el punto de vista de la técnica casacional adolece de un defecto de construcción que reiteradamente hemos apuntado. Algunas alegaciones se duplican o incluso se llegan a triplicar (los motivos décimo a décimo noveno son claro ejemplo de ello). En cambio, otras diferenciables se acumulan bajo una misma leyenda que hace de denominador común. El art. 874 LECrim impone otra metodología expositiva: cada alegación un motivo; y cada motivo una sola alegación, sin perjuicio de que los argumentos para defender esa única pretensión de cada motivo puedan ser dispares y estar enfocados desde diferentes ópticas (constitucional, legal, procesal…). Por eso en el densísimo motivo sexto recién contestado en realidad se compendian hasta media docena de alegatos susceptibles –lo que en rigor hubiese sido lo correcto- de generar otros tantos motivos separados.

De esos diferentes alegatos entresacamos ahora el referido a la cuestión de si la única parte que sostuvo la acusación por el delito de tráfico de influencias por el que fue condenado este recurrente estaba legitimada para hacerlo. Se vuelve al debate de la capacidad de una acusación popular para ejercitar una pretensión penal en solitario, en contra del criterio del Ministerio Público. El tema vuelve a aparecer en el motivo décimo segundo.

Pese a que como ya se resolvió en un fundamento anterior tal condena respecto de este acusado va a quedar privada de eficacia, el hecho de que el orden racional de abordaje habría de ser el inverso (primero, analizar los presupuestos procesales necesarios; solo después examinar el fondo de la condena); y que el motivo tendría aptitud para extender su eficacia a otro co-recurrente (art. 903 LECrim) invita a no despacharla con un mero silencio tras constatar la estimación de ese otro motivo.

Los criterios sobre la legitimación de la acusación popular, siendo controvertidos, están también relativamente asentados en la jurisprudencia.

Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social. Así las cosas, el tema queda ceñido a dilucidar en qué categoría encajar el delito de tráfico de influencias.

La respuesta es obvia: no podemos identificar perjudicados concretos, como sucede con delitos de carácter predominantemente patrimonial o con bienes jurídicos más tradicionales como los delitos contra la libertad sexual o contra la integridad corporal o la libertad. El bien jurídico ligado al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública es de titularidad (si es que puede hablarse así) social, de todo el colectivo. En esas infracciones viene reconociéndose a la acusación popular una autonomía no estrictamente vicaria de la posición del Ministerio Público. Según la doctrina de esta Sala, esa situación difiere en puntos sustanciales de la que se presenta cuando el Ministerio Publico, órgano imparcial que constitucionalmente tiene atribuida la misión de hacer valer ante los tribunales la legalidad y el interés social y, como consecuencia

de ello y entre muchas otras funciones, enarbolar la pretensión acusatoria que entiende procedente en el proceso penal (y, en su caso, oponerse a las improcedentes lo que es también un interés de toda la sociedad), solicita el sobreseimiento y lo hace en concordancia y sintonía, en confluencia con el titular concreto del bien jurídico tutelado por el delito.

El delito de tráfico de influencias pertenece a la primera categoría y por ello hay que aceptar la legitimación de la acusación popular para enarbolar esa pretensión. La decisión condenatoria de la Sala de instancia –cuya confirmación solicita ahora el Ministerio Público- contaba con los presupuestos procesales exigidos por el sistema acusatorio para pronunciarse tras examinar la acusación y la prueba que la avalaba.

Nótese como, además, esa concepción inspira algunos de los textos prelegislativos que pretendían la implantación de un proceso penal de nueva planta, reclamado hace años. Los delitos de tráfico de influencias en cuanto afectan al funcionamiento de la Administración Pública se contaban entre aquellos en los que venía a reconocerse la viabilidad de la acción penal pública por cualquier ciudadano (art. 71.4 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013) para dar traducción legal a la previsión constitucional

Como mero recordatorio referenciemos algunos precedentes que respaldan ese criterio oficial de la jurisprudencia.

Las SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril constituyen una doble referencia (*Botín, Atutxa*) bien conocida. A ellas se puede añadir la STS 8/2010, de 20 de enero.

El delito de tráfico de influencias piensa en unos intereses colectivos o sociales mucho más directos que los que se identifican en el delito de defraudación tributaria (que era el contemplado en la STS 1045/2007). Hay una ligazón más evidente e inmediata entre el delito del art. 429 y la afectación de intereses sociales, lo que permite incluir este delito entre los que resultan afectados por la doctrina que emana de la STS 54/2008, de 8 de abril (vid. también STS 4/2015, de 29 de enero).

Siendo bien conocidas no parece necesario reiterar con su transcripción las dos sentencias que enmarcan la doctrina de esta Sala. Baste ahora recordar como la diferenciación entre unos y otros casos ha sido avalada desde la perspectiva constitucional por su máximo intérprete. La STC 205/2013 dice a este respecto:

"El objeto de este recurso es determinar si se han vulnerado los derechos de los recurrentes a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), por la pérdida de imparcialidad objetiva del Magistrado Ponente de la Sentencia impugnada; a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse admitido la legitimación de la acción popular para instar, por sí sola, la apertura del juicio oral apartándose del criterio establecido por el propio Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre;

Como ya ha sido expuesto, los recurrentes han alegado la vulneración del derecho a la igualdad en que se ha admitido la legitimación de la acción popular para instar, por sí sola, la apertura del juicio oral en un procedimiento abreviado, en contra de lo decidido por el propio Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, en la que se acordó el sobreseimiento al existir una petición conjunta del Ministerio Fiscal y la acusación popular en ese sentido, a pesar de que instó su apertura la acción popular, al entender que ésta, conforme al art. 782.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), no tiene autonomía propia para ello.

Por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que es la concreta perspectiva del art. 14 CE alegada por los recurrentes, este Tribunal ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del citado derecho fundamental exige, en primer lugar, la acreditación de un tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley. Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de "la referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo. Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una* ratio decidendi *sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia; concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo*

cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4). En el presente caso, como ha sido detallado en los antecedentes, la Sentencia impugnada ha dedicado una especial atención en el fundamento de Derecho primero a exponer las razones en virtud de las cuales se justificaba una conclusión diferente a la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2007, sobre la interpretación del art. 782 LECrim respecto de la improcedencia de la apertura del juicio oral con la sola solicitud de la acusación popular. ***A esos efectos, se destaca que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su*** **thema decidendi** ***en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. De ese modo se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 LECrim, sino del significado mismo del proceso penal, ya que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal.***

Pues bien, en atención a lo expuesto debe concluirse que, en los términos en que ha sido desarrollado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina de este Tribunal Constitucional, no cabe apreciar su vulneración en el presente caso. En efecto, la Sentencia impugnada, no sólo desarrolla ampliamente las razones en virtud de las cuales cabe llegar a una interpretación diferente a la realizada en la STS de 17 de diciembre de 2007, sino que además pone de manifiesto ***la notable diferencia*** *que se da entre los supuestos analizados en cada una de las resoluciones, lo cual por sí mismo, elimina cualquier atisbo de vulneración del derecho de igualdad. Además, el criterio sentado en la Sentencia impugnada en este amparo ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010. Por tanto, no puede afirmarse ni que en la Sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una ratio decidendi sólo válida para este*

caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad, ni que los casos resueltos sean sustancialmente iguales, por lo que este concreto motivo de amparo también debe ser desestimado"(STC 205/2013 de 5 de diciembre).

La STS 8/2010, de 20 de enero que como casi todas las citadas cuenta con un voto particular, aborda la cuestión –y eso no deja de tener su importancia recordando el cierto valor que hay que reconocer a los precedentes de esta Sala.

"Para la resolución de la impugnación hemos de señalar el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurisdiccional, la función que debe cumplir y el grado de vinculación de la doctrina jurisprudencial respecto a la función jurisdiccional de los tribunales. Para su concreción partimos de que toda norma aparece redactada en términos necesarios de generalidad y requiere ser interpretada por los aplicadores del derecho para darle su contenido a la situación concreta a la que se aplica. Corresponde a los órganos jurisdiccionales la esencial función de aplicar la norma al hecho conflictivo sometido a su jurisdicción, vivificando la norma a la situación concreta que deben resolver. Además, la necesidad de procurar la uniformidad en la aplicación del derecho, como manifestación del principio de igualdad, implica que la interpretación que de la norma realice el Tribunal Supremo, órgano superior de la organización judicial y supremo intérprete de la legalidad ordinaria, aparezca rodeada de la exigencia de una cierta vinculación, horizontal y vertical respectivamente dirigida al propio Tribunal Supremo y a los órganos de la jurisdicción, para proporcionar la necesaria estabilidad al sistema y satisfacer la seguridad jurídica y las exigencias del principio de igualdad. Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales y poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas derivadas de la tensión dialéctica permanente entre el principio de independencia judicial y el principio de legalidad. La vinculación, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Con relación al supuesto objeto de la impugnación de las acusaciones populares, constatamos la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTS 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación

particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio Fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008).

La motivación de esta doctrina se encuentra ampliamente desarrollada en las Sentencias antedichas y los recurrentes no interesan su modificación, sino que, por el contrario, instan la aplicación de esa doctrina y, en el sentido que resulta de esa doctrina, la casación y anulación del Auto recurrido. El auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007, sin mención alguna a la STS 54/2008, que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008, en que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva". Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral".

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. - Los motivos décimo tercero a décimo noveno no son más que repetición muy abreviada y sintética con remisión a apartados anteriores de alegaciones ya realizadas y ya contestadas. Por tanto, al igual que hace el recurrente nos bastará con remitirnos íntegramente a fundamentos anteriores para dar por contestados estos motivos que carecen de autonomía.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. - En el amplio elenco de motivos que articulan en su recurso este grupo de recurrentes solo dos de ellos se refieren directa y exclusivamente a **Ana Maria Tejeiro Losada** (los motivos vigésimo y vigésimo primero). Resultó absuelta en la instancia por los delitos de que

venía siendo acusada, aunque fue condenada como **responsable civil a título lucrativo del art. 122 CP** de dos de los delitos atribuidos a su cónyuge, Diego Torres: el delito de malversación y el de defraudación tributaria.

Pretende que se deje sin efecto tal condena.

De una parte, alega presunción de inocencia (motivo vigésimo).

No podemos entrar a analizar tal queja, al menos desde ese enfoque. En materia de responsabilidad civil dimanante del delito no rige la presunción de inocencia, sino otros estándares probatorios enlazados con un alto grado de probabilidad, superior desde en todo caso a la hipótesis contraria, pero sin exigirse *certeza más allá de toda duda razonable.*

Se entiende bien esto. Una pretensión civil no varía su naturaleza por ejercerse en un proceso penal, ni mutan los principios que la rigen. De hecho, esa acción puede ejercitarse en el proceso penal acumuladamente o podría reservarse para un proceso civil ulterior (art. 110 LECrim), cauce subsidiario que será obligatorio cuando el proceso penal acaba sin condena por motivos distintos a la absolución (fallecimiento, rebeldía…).

Por ello, pese a hallarnos en un proceso penal, los criterios de ponderación de la prueba no han de ser idénticos a la hora de evaluar la actividad probatoria necesaria para avalar la condena penal –*certeza más allá de toda duda razonable*- que en el momento de fijar sus consecuencias civiles –*lo más probable*-. Dicho con otras palabras, simples y por ello exigidas de matización, la presunción de inocencia solo rige en orden a los aspectos penales enjuiciados, y no respecto de los civiles. El hecho de ejercitarse la acción civil en el proceso penal no puede varía esa realidad: los criterios de valoración probatoria penal no son extrapolables a los aspectos civiles.

La jurisprudencia viene recogiendo esta afirmación de forma cada vez más habitual. No pueden impugnarse en virtud de la presunción de inocencia

cuestiones de naturaleza estrictamente civil (consideración de terceros como responsables civiles; cuantificación de las indemnizaciones…). La STS 302/2017, de 27 de abril es buen botón de muestra de esta doctrina: *"La presunción de inocencia no alcanza a los hechos que dan lugar a responsabilidad civil. En ese territorio ha de estarse a otros estándares de prueba: lo más probable. Las dudas –si las hubiera, que no parece haberlas- no han de resolverse necesariamente en favor del supuesto responsable civil"* (en idénticos términos, STS 639/2017, de 28 de septiembre).

La ya citada STEDH de 24 de septiembre de 2013 (*Sardón Alvira contra España)* avala estas conclusiones. El art. 122 CP español –sostiene- no constituye una imputación de naturaleza penal, sino exclusivamente civil. No es un "cargo penal" a los efectos del art. 6.1 del Convenio. El nivel de garantías a la hora de una condena en virtud de tal precepto no es el mismo que el exigido para condenas de naturaleza penal. Precisa claramente la sentencia que una petición de indemnización mantiene su naturaleza estrictamente civil aun cuando se determine en el juicio penal (STEDH de 11 de febrero de 2003, asunto *Y contra Noruega*, § 40). El art 122 CP, analizado por el TEDH y en ello concuerda con la doctrina y jurisprudencia patrias, regula una exclusiva "obligación civil". Su fundamento no se encuentra en la comisión de un delito sino en la obtención de un beneficio económico gratuito. Los requisitos inherentes al concepto de "audiencia imparcial" –razona el TEDH- no son necesariamente los mismos en los casos relativos a la fijación de los derechos y obligaciones civiles que en los atinentes a la determinación de una acusación penal.

Por tanto, ese enfoque carece de recorrido.

Apostillemos de cualquier forma que la base probatoria que sostiene la estimación de la Audiencia sobre los hechos de los que nace esa responsabilidad a título lucrativo (que son meramente objetivos; el supuesto es ajeno cualquier género de culpabilidad y no requiere elemento intencional ninguno) es fundada y difícilmente cuestionable.

QUINCUAGÉSIMO. - Pero hemos de dar la razón a la recurrente en otro argumento que sugiere (motivo vigésimo primero).

No hay duda de que a tenor del hecho probado se ha beneficiado la recurrente a título no oneroso en la cuantía que se detalla del producto del delito de malversación atribuido a Diego Torres como cooperador necesario que se embolsó buena parte del dinero público distraído sin contraprestación.

Ahora bien, jurídicamente no se puede sostener una participación a título lucrativo en relación a un delito contra la Hacienda Pública en su modalidad de defraudación tributaria consistente en la elusión del pago de tributos. Cabe esa forma de responsabilidad civil de tercero en casos de obtención indebida de devoluciones (cuando son a la vez constitutivas de estafa sin perjuicio de las previsiones del art. 8 CP: STS 751/2017, de 26 de octubre); o en los delitos de fraude de subvenciones. Pero en la modalidad más clásica del art. 305 CP (elusión del pago de tributos) es inviable proyectar esa responsabilidad civil afirmada por el citado precepto que ha motivado la condena por parte de la Audiencia.

Declara tercero responsable civil el art. 122 CP a quien *por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito* que queda así obligado a la *restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.*

Nunca se ha visto en esta Sala aplicar tal precepto a un delito fiscal. Ningún precedente existe. No puede achacarse ese desértico historial en nuestra praxis judicial ni a desidia investigadora o resarcitoria de la Abogacía del Estado o de la Fiscalía, ni a que el supuesto resulte insólito. En una valoración puramente aproximativa y sin ninguna pretensión de rigor, resulta desde luego muy fácil pensar que tras muchos delitos contra la hacienda pública se encuentre como beneficiario al menos el núcleo familiar (cónyuge, hijos). Será probablemente más inusual que concurran otros terceros beneficiarios a título lucrativo. Pero en ese círculo estricto tampoco parece que sea necesaria una probanza muy esmerada para provocar la certeza de que cónyuge e hijos convivientes han podido beneficiarse –nunca a título oneroso- del dinero defraudado a la Hacienda Pública. Y en los delitos

fiscales dimanantes del impuesto de sociedades, si se produce un reparto de dividendos, el art. 122 podría atrapar a todos y cada uno de los accionistas (valga como argumento por via ejemplificativa, lo que disculpa del trazo grueso y hasta grosero de tal afirmación que fácilmente podría rebatirse por otras razones).

Si no existen precedentes y ese tipo de condena hace su *debut* en esta causa es más bien por la alambicada, e insostenible en rigor, construcción que ha de efectuarse para llegar a ese pronunciamiento.

De una parte, y ahora con más dificultad que en el delito de blanqueo de capitales, habrá que demostrar que ese tercero (en este caso el cónyuge) se ha lucrado precisamente de la cuota defraudada (justamente de ella y no del resto de los ingresos y rentas que han dado lugar a esa cuota).

Si además se dice –como hace aquí la sentencia- que esa cuota es justamente la *blanqueada* se hace más complicado, aunque no imposible (Ana María Tejeiro manejó esas cuentas), la duplicidad de destinos. Al menos habría que intentar esforzarse por identificar el lucro obtenido por Ana María Tejeiro con los fondos que a la vez han sido supuestamente blanqueados. En otro caso estaremos ante un enriquecimiento fruto de otras rentas e ingresos, pero no de aquéllas que han quedado marcadas como cuota defraudada.

Una somera aproximación a la responsabilidad civil proclamada en el art. 122 CP invita a pensar que solo abarca a los delitos de *enriquecimiento*: aquéllos que producen beneficios económicos directamente, que vienen a engrosar el patrimonio del autor y, eventualmente, el de terceros beneficiarios; pero no comprende delitos que consisten en un impago: no abonar una deuda previa. Así sucede con el delito de defraudación tributaria en su modalidad de elusión del pago de impuestos. Solo en aquéllos –delitos de enriquecimiento- se puede sin traicionar la naturaleza de las cosas hablar de restitución (devolución) o resarcimiento por el daño causado (que será un *damnum emergens* y no un *lucrum cessans*).

Si en el delito de blanqueo de capitales la objeción se ha podido sortear por un sector de la doctrina y los precedentes jurisdiccionales reseñados con la ayuda de una declaración normativa expresa como se ha visto en un motivo anterior (no sin controversia y sólidos argumentos en contrario), en el supuesto del art. 122 CP el obstáculo se antoja insalvable. Quien elude el pago de tributos consigue retener lo que ya tenía; no hay efectos procedentes de ese delito. No se puede *participar* de lo generado por un delito que no reporta directamente bienes sino que evita una disminución del patrimonio. La cantidad no abonada no queda identificada o señalada. Ya estaba allí (o no: si se había gastado con anterioridad que posible es). No se puede participar de un *no pago*, a menos que sea un codeudor. En ese caso lo que se produciría es una responsabilidad (¡tributaria!) directa y también solidaria.

Pero es que, además y sobre todo, como han venido a aclarar las últimas reformas penales, las indemnizaciones en favor de la Hacienda Pública que pueden fijarse en un proceso penal (antes eran obligados esos pronunciamientos) seguido por alguno de los delitos del art. 305 no constituyen en rigor responsabilidad civil nacida de delito (regida por los arts. 110 a 122 CP); sino una deuda tributaria, regida por la legislación tributaria (que señala quiénes son los responsables y en qué cuantías y con qué condiciones), aunque exigible en el proceso penal por virtud de una norma de atribución específica. No rige respecto de esa deuda la previsión del art. 122 CP que no va anudada a la capacidad económica (que inspira la determinación del deudor tributario y el monto de su obligación), ni se corresponde con las personas que la ley tributaria considera responsables cuando se elude el pago de impuestos. Ese régimen no varía por el hecho de que se haya producido un delito. Sería absurdo un *travestismo* de la deuda tributaria y la mutación de sus obligados (unos son sustituidos por otros que no estaban y aparecen) por el dato de que la cuantía rebase los 120.000 euros. Como absurda e inexplicable sería luego una eventual reconversión a sus términos iniciales, en ejemplo muy gráfico propuesto por algún tratadista, por una vicisitud como la muerte del responsable penal que lleva a archivar el proceso penal y reabrir la via recaudatoria original

mutándose otra vez absurdamente su régimen jurídico, y los obligados al pago en un *ir y venir* sin sentido.

La evolución del régimen de la supuesta responsabilidad civil nacida de los delitos de defraudación tributaria ha sido tortuosa. Hoy puede considerarse aclarado (también para el pasado: no es un cambio de concepción pues solo podía ser esa la correcta), tras muchas vueltas y revueltas, que estamos ante una responsabilidad tributaria -regida por la norma tributaria y no la penal-, que, aunque no ha nacido directamente del delito, es ejercitable en el proceso penal (en la actualidad y tras la reforma de 2012 solo excepcionalmente y con muchos matices, contraexcepciones, y vericuetos procedimentales). Pero, es deuda tributaria a fin de cuentas (art. 305 CP); lo que nunca dejó de ser. Subsiste alguna aislada previsión que parece distorsionar esta concepción, pero la normativa actual parece dejarlo mucho más diáfano que los textos que la precedieron.

La deuda tributaria es el presupuesto del delito; no su consecuencia. Eso no impidió que la jurisprudencia (por todas, STS 1940/2000, de 18 de diciembre) y la praxis judicial abrumadoramente mayoritaria consideraran que estos delitos debían dar lugar en el mismo proceso penal a la condena al pago del importe de la cuota defraudada. La doctrina era discutible. Razones obvias de economía y eficiencia procesal impusieron esa solución que, sin embargo, no podía significar que se olvidasen y arrumbasen como inservibles las reglas de la legislación tributaria, Una empresa que adeuda por impuesto de sociedades una cantidad que no abona por virtud de las maniobras defraudatorias pergeñadas por su administrador (que quizás ni siquiera es socio) no podía verse liberada de esa deuda por tal hecho pasando a ocupar su posición de deudor principal ese administrador, o quizás el asesor fiscal. La responsabilidad de éstos ha de establecerse con arreglo a la normativa tributaria y no a la pensada para la responsabilidad civil nacida de delito. Hacerlo de otro modo aboca a perniciosas consecuencias que indefectiblemente surgen cuando el deudor tributario es una persona jurídica –y en algún caso, un particular-, pero se llega al responsable penal por virtud del mecanismo contemplado en el art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro). Como la responsabilidad civil nacida de

delito recae primariamente sobre el autor, sucederá que la obligación tributaria de la sociedad se desplazará a la persona física, normalmente el administrador (art. 31), quedando la persona jurídica como simple responsable civil subsidiario. Principios básicos de orden tributario son así pisoteados. Ni siquiera cabría un derecho de repetición que nunca tiene el responsable penal frente al responsable civil subsidiario.

El legislador quiso respaldar la interpretación que llevaba al proceso penal la exigencia de la deuda tributaria con una modificación legal que dejó claramente sentada la necesidad de anudar a la condena por la comisión de los delitos contra la Hacienda Pública el pago de la cuota defraudada. Se alentaba, no obstante, el peligro de provocar una suerte de *transformismo* de la deuda tributaria, de ***transustanciación*** escribió algún comentarista echando mano de una expresiva terminología que tomaba prestada de la teología sacramentaria. Pero eso era solo un riesgo, no una conclusión indefectible. Lo que era una obligación legal regida por las normas tributarias y por tanto con unas personas responsables, podría ser tratada absurdamente como responsabilidad civil *ex delicto* con otros obligados que sustituyen a los reales. La deuda dejaría de regirse por los principios tributarios y se convertiría en algo sustancialmente diferente (transustanciación).

El administrador responsable de la defraudación tributaria afectante a la persona jurídica (o física), aunque su capacidad económica personal fuese escasa, pasaría a ocupar la primera posición entre los llamados a cancelar esa deuda. Quien era principal responsable de acuerdo con las normas tributarias solo respondería subsidiariamente, en caso de insolvencia del primero. Si éste procede al pago de la responsabilidad civil, el real deudor tributario quedará exonerado de su obligación legal sin que exista ningún mecanismo legal que habilite para repetir. Esa responsabilidad civil impuesta a quien no era deudor tributario podía llegar a adquirir de hecho una naturaleza similar a la de otra pena pecuniaria añadida a la ya prevista en el art. 305 CP.

Es la, hoy reformada, Disposición Adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria la que dio un espaldarazo a la praxis generalizada. Decía:

"*1. En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.*

2. Una vez que sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que competa la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.

3. Cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil conforme al art. 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si el responsable civil del delito incumpliera los términos del fraccionamiento.

4. La Administración tributaria informará al juez o tribunal sentenciador, a los efectos del art. 117.3 de la Constitución Española, de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada".

El sistema así diseñado se configuró, sin embargo, quizás no explícitamente pero sí de *facto,* más propiamente como deuda tributaria exigible en el proceso penal. Nótese que la norma hablaba de *deuda tributaria* y no de *importe de la deuda tributaria* locución ésta que, si apareció en la redacción del art. 305 conferida en 2010, aunque ya para contemplar un supuesto muy singular que pervive. Una deuda tributaria –que no responsabilidad nacida de delito- con reglas propias, por tanto, y entre ellas, una previsión especial de intereses que la jurisprudencia no ha dudado en aplicar.

Esa norma luego en gran parte se trasplantó al Código Punitivo (reforma de 2010).

Más lejos llegaron las reformas de 2010 y 2012 del CP. Abrieron la posibilidad de seguir caminos paralelos –tributario y penal- con ciertos matices. Los primeros pasos dados en la reforma de 2010 fueron completados y aclarados en 2012. Hoy es relativamente pacífico aceptar que no estamos estrictamente ante responsabilidad civil nacida de un delito, sino ante responsabilidad tributaria que en algunos casos excepcionalmente puede ejercitarse en el proceso penal, pero sin verse transformada en su

régimen. Esa concepción, más nítida hoy en la ley, era también la correcta bajo el imperio de normas anteriores que, aunque podían generar confusión, la doctrina más solvente interpretaba en los términos hoy confirmados.

La normativa tributaria no contempla como deudor a quien se haya podido lucrar con algún dinero del defraudador (dinero que, además tampoco podremos vincular justamente con la cuota defraudada y excluyendo otras rentas).

Concuerda lo que se argumenta con lo establecido en el vigente art. 258 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria reformada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre. Establece quiénes son responsables de la deuda tributaria en casos de delito contra la Hacienda Pública:

"1. Serán responsables solidarios de la deuda tributaria liquidada conforme a lo preceptuado en el artículo 250.2 de esta Ley quienes hubieran sido causantes o hubiesen colaborado activamente en la realización de los actos que den lugar a dicha liquidación y se encuentren imputados en el proceso penal iniciado por el delito denunciado o hubieran sido condenados como consecuencia del citado proceso...

Es armónica tal previsión con lo establecido en los arts. 35 (obligados tributarios) y 42.1 de la misma Ley.

El art. 41 contempla que puedan unirse al deudor principal como responsables solidarios –o, normalmente, subsidiarios- de la deuda tributaria, a otras personas o entidades que, en principio, y a salvo la previsión del art. 42.2, lo son de su totalidad sin perjuicio del derecho de repetir (art. 41.6 LGT). Eso no solo resulta lógico, sino que además solventa las paradojas a que se llega desde una inmeditada e irreflexiva aplicación de las normas del Código Penal sobre responsabilidad civil desplazando esta normativa específica.

Son responsables solidarios, entre otros, según el art. 42.1.a) LGT quienes sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad abarca también la sanción.

Caben otros supuestos de responsabilidad por dificultar la actuación recaudatoria de la Administración. Pero no se contempla una, anómala en este contexto, responsabilidad por participación a título lucrativo al modo del art. 122 CP. Cuestión diferente es que el deudor tributario realice enajenaciones o donaciones en fraude de acreedores (la Hacienda). En ese caso la responsabilidad podrá alcanzar a terceros, pero ya como consecuencia de un nuevo delito (art. 257 CP) que llevará a anular esos actos (STS 717/2016, de 27 de septiembre).

Y entre los responsables subsidiarios del art, 43 LGT encontramos a los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que han cometido infracciones tributarias, cuando no hayan realizado los actos necesarios de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extiende a las sanciones.

No se localiza tampoco en esa categoría previsión análoga a la del art. 122 CP. Lo más parecido, pero con un sustrato sustancialmente diferente y obviamente inaplicable aquí, es la de los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria, en los términos del art. 79 LGT.

Por tanto, el motivo ha de estimarse suprimiendo la condición de Ana María Tejeiro de tercero responsable participe a título lucrativo del delito contra la Hacienda Pública imputado a Diego Torres. Quedará subsistente esa condición en relación al delito de malversación.

Por virtud del efecto extensivo previsto en el art. 903 LECrim las consecuencias de la estimación del motivo han de proyectarse sobre la no recurrente Cristina Federica de Borbón y Grecia, privando de eficacia a la declaración de su calidad de tercera responsable civil en relación a los dos delitos contra la hacienda pública imputados a Ignacio Urdangarín. Permanecerá esa condición en lo relativo a la malversación y hasta la cuantía procedente.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. - El motivo vigésimo segundo protesta por la forma de fijar la responsabilidad civil en los mismos términos en que lo hizo el anterior recurrente. A la respuesta ya ofrecida (fundamento de derecho trigésimo cuarto) hemos de remitirnos.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.- En un vigésimo tercer motivo postula Diego Torres la aplicación de la atenuante de **reparación del daño** prevista en el art. 21.5 CP.

Ni procesal ni materialmente es atendible la petición:

a) Procesalmente por dos órdenes de razones: **i)** no se respeta la disciplina legal en cuanto que no se atiene al relato de hechos probados para basar esta petición (art. 884.3º LECrim); **ii)** no fue invocada esta atenuante en la instancia lo que convierte la petición en una cuestión nueva repelida tanto por la naturaleza revisora de nuestro sistema de casación como por exigencias del principio de contradicción.

Siendo muy generosos y flexibles podríamos sortear ambos obstáculos que en su impugnación al recurso son puestos de manifiesto por el Ministerio Público.

El primero atendiendo a que la atenuante se basa en hechos intraprocesales no discutidos que podrían ser examinados por esta Sala (art. 899 LECrim): de un lado, los embargos trabados sobre los bienes del recurrente; de otro, sus manifestaciones poniendo a disposición sus bienes para el caso de ser procedentes y obligadas indemnizaciones.

El segundo amparándonos en la doctrina a tenor de la cual la prohibición de enarbolar en casación cuestiones nuevas puede excepcionarse cuando se trata de atenuantes (aunque suele apostillarse que la base fáctica debe resultar del hecho probado).

b) Pero es que, aunque nos tapásemos los ojos ante esos óbices procesales de fuste -como solicita con un rico aparato argumental el

recurrente-, la respuesta a la petición habría de ser necesariamente negativa.

La atenuante se pretende levantar tanto sobre el embargo trabado el 4 de noviembre de 2013 (pieza de responsabilidad civil: folios 1408 a 1412) de activos de su propiedad; como sobre las manifestaciones de Diego Torres poniendo a disposición sus bienes, aunque de forma condicionada, supeditada a una condena. Se enarbolan los escritos de la parte ofreciéndose a paliar los efectos de la responsabilidad civil con la totalidad de su patrimonio inmobiliario (folios 10144 a 10147, 977 y 988 y 2013).

Reparar el daño es algo sustancialmente diferente a ofrecerse a reparar el daño (¡solo si resulta obligado!). Y hacer proclamación expresa de lo que ordena la ley *(del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros)* no puede determinar una atenuación.

Recitar en primera persona lo dispuesto en el art. 1911 del Código Civil, por muy solemnemente que se haga, no es reparación efectiva del daño que es lo que justifica una atenuante con pretensiones victimológicas. La víctima no necesita que le repitan sus derechos (art. 1911 del Código Civil), sino que se los hagan efectivos.

Según la concepción del impugnante cualquier acusado que manifestase algo tan elemental como que en caso de ser procedente sus bienes deberán destinarse al pago de las indemnizaciones que se fijen -¡obvio!: no es necesario decirlo; y se diga o no se diga, así ha de ser- se haría merecedor de la atenuante.

Tampoco el embargo decretado para garantizar las responsabilidades civiles, obligado conforme al art. 589 LECrim, puede rellenar el contenido de la atenuante: así lo ha reiterado una jurisprudencia evocada con precisión por el Fiscal. No cometer un delito de alzamiento de bienes, sustrayéndolos a esa actividad judicial de ejecución obligada, no es atenuante. O, si se prefiere: alguna consecuencia se deriva de ese acatamiento a la actuación del órgano jurisdiccional, pero esa consecuencia no es la atenuante, sino la

exclusión de una nueva y acumulativa responsabilidad penal (art. 257 CP); en este caso, además, agravada (párrafo 2º del nº 3 del citado precepto). Como dice castiza y claramente el Fiscal, convertir esa actitud en atenuante es tanto como *hacer de la necesidad virtud.* En el embargo, en la afectación de los bienes del penado a las responsabilidades pecuniarias declaradas en la sentencia hay mucho de *necesidad* y nada de *virtud.* Es verdad que la atenuante ha perdido toda connotación moral o de contrición como se preocupa de consignar el recurrente con lujo de referencias doctrinales. Pero eso no significa que no requiera cierta espontaneidad, una voluntariedad que se concrete en algo más que en la mera sujeción a las consecuencias del proceso y de la ulterior condena; o en hacer protesta de no tener intención de cometer un delito de alzamiento de bienes cuya pena podrá ser de hasta 6 años. Y requiere, también y, sobre todo, una satisfacción de la víctima, aunque sea el Tesoro Público (o, lo que es lo mismo, los intereses de todos los administrados).

Por fin, no deja de ser algo contradictorio que el mismo recurso que reclama una atenuante de reparación del daño, pocas páginas antes, discute que procede acordar responsabilidad civil alguna.

El motivo es improsperable.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. - Es también el art. 849.1º LECrim la base de la siguiente denuncia casacional (motivo vigésimo cuarto) de estructura paralela a la del que acaba de rechazarse.

Paralelos serán también los argumentos para llegar a igual solución: la **desestimación**.

Se busca el abrigo del art. 21.4 y 6 CP para dar vida a una atenuante de **confesión por analogía.** Ahora no es solo que no figure su base fáctica en el hecho probado, o que se trate de una cuestión nueva; es que es cuestión inexistente (ni vieja, ni nueva): no hay confesión. Resulta realmente paradójico que se reivindique esa atenuante en un motivo que se presenta al

lado de, al menos, una docena de ellos dedicados a negar los hechos y a rechazar la propia responsabilidad.

No puede denominarse colaboración relevante a estos efectos a lo que es aceptación de lo que no se puede negar, aunque sin abandonar en ningún momento una estrategia defensiva tan legítima como inidónea para fundar una atenuante: el intento por todos los medios posibles, jurídicos y probatorios, de esquivar las propias responsabilidades.

Decir que se han aportado muchos documentos -con pretensiones claramente exculpatorias-, o que se ha dado abundantes explicaciones –también todas exculpatorias- no es plataforma que pueda articularse con un mínimo de rigor a una atenuante.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- La reclamación de un error de prohibición del art. 14.3 CP que hace su aparición en el motivo vigésimo quinto (aparición oficial: se había hecho presente antes en el informe oral en fórmula que la jurisprudencia considera oficiosa y no precisada de respuesta: art. 734 LECrim) no puede merecer otro destino.

Bastará aquí con consignar que nada en el hecho probado permite construir un argumento mínimamente plausible en esa dirección (art. 884.3 LECrim). Pero es que también se hace muy difícil admitir que alguien, aunque careciese de la formación que ha de suponerse al acusado por su dedicación y estudios, pueda ignorar o creer que es conforme con la legalidad cobrar del erario público 445.000 euros por unos servicios que no se han prestado, valiéndose de las influencias presiones de una persona de relieve; ni concertarse con ella para obtener de determinadas Administraciones unos contratos al margen de toda competencia, con unas condiciones bien ventajosas, fijadas por ellos mismos en lo esencial, y con la tranquilidad que otorga saber que no les serán exigidas justificaciones.

Como tampoco parece que pueda alguien que se mueve en el ámbito en que demuestra moverse el impugnante, pensar que soportar más o

menos impuestos es una opción del contribuyente según prefiera tributar por IRPF o por IS.

Nada tienen que ver con el error en derecho penal, por otra parte, algunos de los argumentos que vierte en este motivo el recurrente. El grado de conocimiento de otras personas que asegura suponer que tenían, podía hacerle caer en la creencia o fortificar su deseo de que sus manejos no llegaran a ser descubiertos, o en la ingenua estimación de que iban a ser tolerados; pero eso no es un error, es una equivocada confianza o nada inocente ingenuidad que felizmente la realidad, en forma de sentencia condenatoria, ha desmentido demostrando que carecía de toda base la suposición de que cierto poder o influencias o la ostentación de cargos públicos de relieve o relaciones de sus copartícipes pudiera convertirse en garantía de impunidad: se equivocaba –estaba en un **error**- si pensó eso en algún momento. Pero ese *tipo de error* (que no *error de tipo*) carece de repercusión en el ámbito penal). Dirá el Fiscal impugnando este motivo:

"Como se señala en los propios particulares que la parte designa, el acusado D. Diego Torres era profesor de ESADE, avezado profesional en el mundo de la consultoría, patrocinio, mecenazgo y responsabilidad social. No puede considerarse que las circunstancias de este caso concreto académicas, sociales, culturales y psicológicas concurrentes en el permitan inferir su especial vulnerabilidad e incomprensión del ámbito socio económico en el que se perpetra toda la actividad delictiva enjuiciada. Ni que existiera"

Yerra también el recurrente (otro *error* intrascendente penalmente) si cree que un motivo como éste pueda tener algún viso de prosperabilidad.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO.- La atenuante de **dilaciones indebidas** constituye el objeto del motivo vigésimo sexto (que no veintiseisavo). Se introduce a través de un doble cauce casacional: arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim –violación del derecho a un proceso sin dilaciones sin debidas- y art. 849.1º LECrim -no aplicación del art. 21.6 o 7 CP-.

La vía correcta –podemos apostillar- es la prevista en el art. 849.1º LECrim. Una sentencia en sí no puede violar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y es la sentencia lo que se recurre en casación. La sentencia puede errar al no apreciar indebidamente una atenuante (lo que es

un tema de legalidad ordinaria). El derecho constitucional a un proceso ágil se violará por la tramitación parsimoniosa o la paralización indebida; pero no en sí por la sentencia que solo podrá, como forma de atemperar la vulneración, establecer una compensación a través de la atenuante; nunca restaurar el derecho ya violado.

Es otra cuestión nueva (salvo en lo que respecta a las dilaciones localizadas tras el juicio oral) por lo que cabe reproducir todo lo dicho al respecto en los motivos anteriores: siendo hecho intraprocesal puede sortearse este óbice procesal en casación.

La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años ha tenido que ampararse en la analogía del anterior art. 21. 6º CP (hoy, 21. 7º). A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación expresa. El actual número 6 del art. 21 CP, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, contempla como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa (STS 440/2012, de 29 de mayo).

El precepto exige unos retrasos **extraordinarios y no proporcionados con la complejidad de la causa.**

A tenor de la literalidad de la norma la atenuante viene conformada por unos elementos constitutivos: **a)** una dilación *indebida* en el sentido de no procedente o no justificable; **b)** carácter *extraordinario* de la dilación, en el sentido de inhabitual, inusual; **c)** sobrevenida durante la *tramitación* del procedimiento; **d)** *inexistencia de culpa* del imputado en los retrasos; y **e)** desproporción entre la c*omplejidad* del litigio y el retraso.

El cómputo a efectos de fijar la duración del proceso y calificar de debidos o indebidos los tiempos invertidos ha de atender como *dies a quo* al de adquisición de la condición de imputado (en la actualidad, investigado). Así se desprende del fundamento de la atenuante (compensación por los

retrasos en un proceso que comporta incertidumbre y molestias para el encausado).

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es un derecho a que el delito sea descubierto con presteza o a que los autores sean identificados con prontitud (¡!) lo recuerda en ocasiones la jurisprudencia. El dato temporal relevante no es el momento de comisión del delito, ni el de incoación de las diligencias, sino el de adquisición la condición de imputado. Esa idea está presente en el art. 21.6 de manera tanto explícita (se habla del tiempo de *tramitación de la causa*), como implícita (fundamento de la atenuante).

Eso supone un correctivo importante en las valoraciones efectuadas por el recurrente. El *dies a quo* para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 o STEDH de 28 de octubre de 2003 caso *López Sole y Martín de Vargas c. España), o,* mejor, en la adquisición de la condición de imputado. Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. Solo cuando se adquiere la cualidad de parte procesal pasiva comienza el padecimiento derivado del sometimiento a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación *apud acta,* zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso…) y que enlaza con la idea de *pena natural*, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con presteza STS 940/2009 de 30 de septiembre y 385/2014, de 23 de abril.

Decía a este respecto la 70/2013, de 21 de enero:

"Son reprochables las dilaciones indebidas causadas durante el proceso, no el tardío descubrimiento de los hechos o del autor. Si se efectúa una rebaja penológica es para compensar el padecimiento por el sometimiento a un proceso penal durante un largo periodo de tiempo. Por tanto, invocar la fecha de los hechos (año 2003) es improcedente a estos efectos. El *dies a quo* para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 o STEDH de 28 de octubre de 2003 caso *López Sole y Martín de Vargas c. España*). Cosa diferente es que una data de los hechos muy remota

pueda ser ponderada a la hora de graduar la pena (art. 66 CP), aunque nunca por la vía de la atenuante por cuanto en ese caso no concurre su fundamento. El derecho se refiere al **proceso sin dilaciones** no a un supuesto y curioso derecho del autor de un delito a un **descubrimiento rápido de la infracción penal y de su implicación.** Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de un derecho fundamental. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación *apud acta,* zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso…) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre)".

La STEDH de 15 de marzo de 2016 (asunto *Menéndez García y Álvarez González* contra España) remacha en fechas más próximas esa premisa.

No podemos tomar en consideración, por ser contrario al espíritu de la atenuante, la fecha de los hechos (2004 a 2007) sino la de adquisición de la condición de parte pasiva.

Hay que atender, así pues, al 31 de mayo de 2011, fecha en que Diego Torres adquiere esa la condición.

La instrucción se clausuró el 25 de junio de 2014. El auto de apertura del juicio oral llegó el 23 de diciembre siguiente y el juicio comienza el 11 de enero de 2016, La sentencia está datada el 17 de febrero de 2017.

La complejidad del asunto, multiplicidad de partes activas y pasivas, volumen de la documentación…, hacen que esos periodos de tiempo no se aparten de forma clamorosa de parámetros de normalidad que, como razonaremos enseguida, impiden la atenuación reivindicada.

El tiempo invertido en la investigación y enjuiciamiento excede de lo óptimo e incluso de lo deseable. Pero no se han desbordado unos estándares habituales y razonables. La atenuante exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén “fuera de toda normalidad”, lo que

no puede predicarse de este caso si atendemos a una valoración global la duración total y las concretas secuencias y vicisitudes procesales: pluralidad de investigados, complicados informes periciales, y complejidad en general de la causa. Basta una somera mirada a los gruesos volúmenes que la componen, o a la longitud y densidad de la sentencia, o al número de grabaciones necesarias para documentar las sesiones del juicio oral para que tal aseveración adquiera la fortaleza de lo indiscutible.

Las SSTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014 de 23 de junio recalcan que no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de unas actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Sobre las circunstancias específicas de cada supuesto han de proyectarse los criterios objetivos (complejidad, márgenes ordinarios de duración de litigios semejantes, intereses arriesgados, conducta de las autoridades...). Esas consideraciones guardan sintonía con las apreciaciones que encontramos en la doctrina del TEDH (por todas, STEDH de 21 de abril de 2015, asunto *Piper v. Reino Unido*: la complejidad del caso es uno de los datos esenciales para evaluar el carácter indebido o no de las dilaciones).

La complejidad del asunto examinado justifica sobradamente los plazos invertidos que son razonables, aunque excedan de un *desiderátum* que puede rozar lo utópico.

Más allá de las dificultades dogmáticas para apreciar una atenuante por hechos posteriores al juicio (por todas SSTS 935/2016, de 15 de diciembre) tampoco el tiempo empleado en la redacción de la sentencia puede reputarse suficiente a esos efectos: es disculpable la demora por la complejidad del asunto y la multiplicidad de cuestiones empeñadas que merecían y exigían un estudio reposado y una confección minuciosa y laboriosa.

Destacable es también igualmente la falta de toda reclamación durante la causa que, sin ser exigible legamente, es dato no desdeñable.

Llama la atención otra vez que esta queja se combine con motivos en que se solicita la nulidad del juicio para su repetición (motivos primero y segundo): en abstracto son compatibles ambas peticiones; pero no es del todo coherente oír procedentes de una misma boca dos peticiones que aparentemente colisionan entre sí.

Apreciando de manera conjunta el tiempo global que ha tardado en enjuiciarse la causa y las circunstancias concurrentes no puede hablarse de retraso desmesurado. Es duración no desproporcionada en relación a la innegable complejidad de la causa y de la investigación como para propiciar una atenuación.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. - El motivo vigésimo séptimo se canaliza a través del art. 849.2ºLECrim. Adolece de una deficiente técnica casacional.

Primeramente, porque no se designaron los documentos en el escrito de preparación.

Para salir al paso de esa objeción el recurrente invoca la STS 911/2016, de 1 de diciembre (que contempla un caso diferente: no invocación del derecho fundamental violado) así como las SSTS 161/2002, de 4 de febrero, y 2018/2001, de 3 de abril. Estas, ciertamente, sí han relativizado esa exigencia que tenía todo el sentido en un modelo de casación en que la causa no se remitía al Tribunal Supremo, más que excepcionalmente (art. 899 LECrim) exigiéndose por tanto que los documentos fuesen identificados en el escrito de preparación para que pudiesen acompañarse debidamente testimoniados.

La generalización de la costumbre de remitir todos los autos al Tribunal Supremo al tramitarse la casación como consecuencia de la frecuente utilización del motivo por presunción de inocencia y las derivaciones que se seguían de ello que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento en que se reguló la casación, arrastra como secuela que, en efecto, esa exigencia (art. 884.6 LECrim) que abocaría a la inadmisión, pueda ser contemplada con absoluta tolerancia.

Ahora bien, eso no disculpa ni de designar los particulares de cada documento; ni de incluir un razonamiento específico mostrando por qué la Sala ha errado y por qué eso debe conducir a una concreta modificación del hecho probado que ha de proponerse; ni de mostrar que no existen pruebas contradictorias.

Todo eso lo omite el recurrente que se disculpa invocando un principio de economía procesal que permitiría ahorrar desarrollos expositivos pues –se dice- a fin de cuentas se trata tan solo de un complemento de anteriores motivos (otra agresión al maltratado principio de separación de motivos) Resulta casi un sarcasmo que en la página trescientas veintinueve de su escrito de recurso se aluda a la necesidad de economizar argumentos como excusa para limitarse a una enumeración, sin razonamiento alguno complementario, de los documentos que han sido mencionados en cada uno de los anteriores motivos, y ejemplificando tan solo en algún caso (informe pericial de Luis Atienza, que difícilmente admite la calificación como documento en lo que respecta a sus valoraciones jurídicas).

Faltan designación de particulares; redacción de hechos alternativa; literosuficiencia de los documentos. Sobran pruebas contradictorias. La cita abrumadora y reordenada de documentos sin mayores aditamentos no solo supone un desprecio a la disciplina del art. 849.2 LECrim que nos impide adentrarnos en contestar unos razonamientos que solo se hacen implícitamente, de forma presunta, por remisión a otros motivos.

Hay algún específico esfuerzo argumentativo en relación al Observatorio y el plan estratégico que dan lugar a la condena por malversación. Pero la existencia de prueba personal contradictoria impide admitir por esta vía casacional la completa reconstrucción de ese episodio según su propio interés que intenta el recurrente. Está ausente la autarquía demostrativa y, sin embargo, sí se constata la presencia de pruebas personales que apuntan a lo contrario de lo que quiere demostrar el recurso.

H) <u>Recurso de Jaume Matas Palau</u>.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.- Déficit de motivación con correlativa afectación del derecho a la tutela judicial efectiva es el tema alrededor del cual gira el primer motivo de este último recurrente.

Siguiendo la pauta marcada por el Ministerio Público unificamos su contestación con el motivo segundo por **presunción de inocencia.** Uno y otro abordan a la misma cuestión: su participación en los pagos autorizados por José Luis Ballester que han determinado su condena como autor de un delito de malversación de caudales públicos.

Se denuncia la pobreza, en su criterio, de la motivación fáctica de esa atribución de hechos: primer motivo.

En el segundo motivo, la insuficiencia probatoria.

Es buena metodología la agrupación sugerida por el Fiscal. Aunque diferenciables conceptualmente y también en sus consecuencias (nulidad de la sentencia en un caso, absolución en otro), tutela judicial efectiva, en su vertiente de exigible motivación, y presunción de inocencia comparten alguna zona común y producen interferencias que a veces convierten en muy conveniente su entrelazamiento y respuesta conjunta.

Recordemos con la *falsilla* de algún precedente (STS 653/2016, de 15 de julio), ese planteamiento del que se hace eco el recurrente.

El **deber de motivación fáctica** exige, entre otras cosas, razonar de forma que pueda comprobarse que se ha valorado racionalmente **toda** la prueba. Esta faceta, en abstracto, guarda una relación lejana con el derecho a la presunción de inocencia. Pero no es siempre totalmente deslindable: pues conecta con la necesidad de refutar las hipótesis aducidas alternativas a la inculpatoria, que puedan ser, al menos, tan probables como aquélla, de forma que despojen de carácter concluyente a la prueba de cargo. Esto último sí es contenido de la presunción de inocencia.

La necesidad de valorar **toda** la prueba no implica que deban citarse en la sentencia **todas y cada una de las pruebas**, incluidas aquellas accesorias o marginales. Tampoco obliga a detallar uno por uno cada elemento probatorio. Es técnica no indefectiblemente reprobable omitir toda mención de alguna prueba de descargo compatible con la incriminatoria que avale inequívocamente la culpabilidad; o que ha quedado ya descalificada, sin necesidad de mayores apreciaciones, por la prueba inculpatoria.

Por su parte, el derecho a la **presunción de inocencia** (entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre), aparece configurado como regla de juicio que repele una condena sin el apoyo de pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente tanto los hechos como la participación en ellos del acusado.

Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo seguido. (En idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio, 111/2011, de 4 de julio, 126/2011, de 18 de julio, 16/2012, de 13 de febrero).

Así pues, se vulnera la presunción de inocencia cuando recae condena: **a)** sin pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y racionalmente motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

Aquí el punto controvertido gira alrededor de la realidad de la indicación de este recurrente al coimputado Ballester para que procediese al pago y su conocimiento de que la contraprestación no se había producido.

De las seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aun conscientes de que no son compartimentos estancos: hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente vertebra su queja sobre lo que considera **insuficiencia de prueba y motivación fáctica precaria en relación a su implicación en los pagos.**

La argumentación del primero de los motivos contiene consideraciones que se articulan en torno a la ausencia de motivación integral, convincente y concluyente (es decir con refutación sólida de la versión exculpatoria alegada). La vinculación de ese aspecto con la presunción de inocencia es menos directa, más tangencial. La ausencia o insuficiencia de motivación puede ser esencial -material, por así decir-, esto es, manifestación de la imposibilidad de fundar la convicción en el cuadro probatorio desplegado; o predominantemente formal, esto es, muestra del incumplimiento de un deber constitucional exigible a quienes ejercen tareas jurisdiccionales anclado en el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 120 y 24 CE).

En el primer caso, menos frecuente, podríamos hablar, y así lo hacen algunos precedentes, advirtiendo del riesgo de un exceso de conceptualización demasiado formal y por tanto empobrecedor, de **inmotivabilidad**. Nos moveríamos en el terreno de la presunción de inocencia. La insuficiencia de la motivación no sería más que la manifestación externa de la insuficiencia de la prueba. La casación de la sentencia abrirá paso a un pronunciamiento absolutorio.

En el segundo caso -deficiencias en la plasmación de la motivación fáctica en la literatura de la sentencia- la respuesta no podrá ser tan drástica: se impondrá la anulación de la sentencia para que el defecto sea subsanado, única manera de poder comprobar si se trata de un supuesto de ausencia de prueba suficiente; o por el contrario existe probanza apta para destruir la

presunción de inocencia, pero presentada con un déficit de motivación que debe ser subsanado.

Aquí, nos situamos en el primer nivel unificando así el abordaje de ambos motivos y en definitiva ajustándonos a la petición conjunta y entrelazada del recurrente.

Decir que la sentencia adolece de deficiencias motivadoras es una hipérbole justificada por el legítimo derecho de defensa. Pero no puede sostenerse eso objetivamente si se lee desde la objetividad.

La motivación siempre es contextual. Hay sobrentendidos que constituyen máximas de experiencia que no hay por qué repetir o exteriorizar de forma cansina y casi menospreciando al lector. Nos extendemos sobre esto más adelante. Antes, un paréntesis para volver a la presunción de inocencia y la valoración de la actividad probatoria.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. - El clásico estándar *certeza más allá de toda duda razonable* (vid. art. 600 del Proyecto de ALECrim de 2011) viene referido al Tribunal de instancia (STS 584/2014, de 17 de junio). El órgano de casación, que no ha presenciado la prueba, no ha de preguntarse si él mismo alcanza ese grado de certidumbre. Tan solo debe verificar que la certeza plasmada en la sentencia de la Audiencia Provincial está exenta de toda vacilación (principio *in dubio* en su aspecto normativo) y se edifica sobre un conjunto probatorio suficientemente sólido.

En cuanto a la presunción de inocencia no cabe en casación -lo recuerda el informe del Fiscal- revalorar íntegramente una prueba no presenciada para preguntarnos si participamos personalmente de la convicción reflejada en la sentencia, o si, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. El mandato de absolución en caso de duda *(in dubio)* no se dirige al Tribunal de casación: quien debe dudar para que proceda la absolución es el juez en la instancia o, con algún matiz, en la apelación.

Por mucho que se hayan ensanchado los antaño angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, también, como legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de una plena doble instancia ya corregido, aunque solo respecto a procedimientos incoados después del 6 de diciembre de 2015, la casación ha mantenido su condición de recurso extraordinario, esencialmente diferente a la clásica apelación. Hemos de ser cuidadosos para no invadir las competencias del Tribunal de Instancia subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador; pero, al mismo tiempo, no puede abdicar de su responsabilidad para dispensar tutela judicial *efectiva* -en el sentido constitucional- a quien acude a tal órgano jurisdiccional.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO.- Con cuidada literatura y extremada claridad critica el recurso la estructura de la sentencia de instancia tildándola de confusa y desordenada. En su opinión, eso ha servido a la Sala de instancia para no aflorar el razonamiento que le ha llevado a entender probado que este acusado influyó en esos concretos pagos que han dado vida al delito de malversación; y, de otra, para eludir una refutación racional de los argumentos esgrimidos en contra de esa conclusión. Muchos fundamentos de derecho –se arguye- más que motivadores, son pura descripción del contenido de la prueba; huérfana de aparato crítico que es lo que requiere la motivación: exponer por qué se otorga crédito a unos y por qué no a otros, así como la vía racional que permite arribar a la conclusión fáctica, Esa labor es omitida en la sentencia, pese a su extensión, se dice.

El hecho imputado es consignado en el *factum* y repetido con ligeras variaciones en el fundamento de derecho 4.2.7. Consiste en la autorización (*beneplácito* es el vocablo utilizado en el hecho probado) o tolerancia del Presidente para que se efectuasen esos pagos.

La sentencia recoge en los fundamentos de derecho las declaraciones de José Luis Ballester recogiendo esa aseveración (fundamento 4.1.1 y 4.1.2). Pero, según el recurrente, no explica por qué le merece más crédito que sus propias manifestaciones. Según argumentará luego; la versión del

coimputado está marcada por un patente interés. Va buscando un, logrado a la postre, mejor trato penológico.

En otro orden de cosas –se aduce- la Sala de instancia ha entendido que en algunos extremos muy concretos de su declaración José Luis Ballester no ha dicho la verdad.

Junto a la declaración de José Luis Ballester aparece otra de Gonzalo Bernal García, también coacusado. Pero ésta no sería concluyente. Alude a una mera suposición. Deduce que lo normal es que Jaime Matas conociese el incumplimiento de las prestaciones luego abonadas. Y afirma que José Luis Ballester así se lo aseguró. Pero solo le consta por esa referencia; no directamente.

De esa doble testifical extrae la sentencia la conclusión, sin pasos razonadores intermedios, de la autorización por el recurrente de esos pagos. Hay un salto –según el recurso- desde la prueba a la conclusión probatoria: el tramo intermedio que debe ser rellenado por la motivación fáctica carece de contenido, se arguye. Muchas cosas merecían explicaciones que la Audiencia ha escamoteado.

El esfuerzo de exposición por parte de la Audiencia es, como todo, mejorable; aunque una sentencia de las dimensiones de la que se está manejando, con tantos hechos, matices, implicados, pruebas, contradicciones, hace más disculpables algunas deficiencias -laconismo expositivo en los aspectos motivadores (en cuanto a la estricta motivación fáctica) frente al exceso en lo puramente descriptivo o informativo del resultado probatorio (que consta ya en las actuaciones: no hacía falta reiterarlo)-. Laconismo o exceso sintético, en algunos extremos, pero no defecto sustancial o **material** de motivación. Hay una motivación fáctica implícita, que, más allá de la habilidad del recurrente en la forma de exponer, no caricaturesca, ni falseada, ni manipulada, pero sí debidamente adornada para exagerar y resaltar el defecto, existe: el lector de la sentencia sabe por qué la Sala ha llegado a la conclusión de que ese recurrente autorizó esos pagos.

Y es que la motivación –se ha dicho ya y se reitera ahora- es siempre contextual: se vierte en un marco probatorio en que hay sobreentendidos. No hay que motivar -valga la exageración- por qué la Sala considera producido el fallecimiento. Es absurdo e inexigible explicar que la autopsia le ha llevado a esa certeza que nadie, ha discutido. En ocasiones cuatro o cinco palabras (*el testigo lo reconoció sin dudas*) bastan para colmar las exigencias de la motivación (sin necesidad de añadir que no hay ninguna razón para dudar pues no hay motivos de enemistad, ni razones para mentir, etc., etc., etc.); en otras se necesitarán muchas páginas para llegar a una motivación aceptable sobre la muerte (el cadáver no ha aparecido) o la veracidad del testigo de cargo (enemistad demostrada, oscilaciones en sus declaraciones). Dependerá del contexto. En el camino desde la prueba a la conclusión (motivación) son admisibles elipsis o saltos que no es necesario explicitar porque están implícitos, fluyen del contexto.

Eso sucede aquí. A esa conclusión se llega cuando se lee la sentencia reposadamente y más de una vez es imprescindible esa lectura reiterada y atenta: (son muchos datos y episodios y muchos elementos de prueba volcados para captarlo todo a la primera), y se entrelazan episodios. Las razones que llevan a la Sala a condenar por malversación a Jaume Matas no están ausentes en esas casi más de ochocientas páginas que, pudiendo mejorarse, todo es perfectible, suponen un esfuerzo importante de la Sala de instancia digno de ser reconocido. Tras leerlas, la pregunta *¿por qué recae esa condena?* se contesta. La Audiencia no ha creído las manifestaciones exculpatorias respecto de ese punto de Jaume Matas, dando mayor crédito a la aseveración de José Luis Ballester. ¿Es lógica y razonable esa estimación?

SEXAGÉSIMO. - Esto nos hace aterrizar ya en el tema de la presunción de inocencia y a la valoración de las manifestaciones del co-imputado, donde desempeñan un papel importante los elementos corroboradores.

En este caso, además de los señalados explícitamente por la sentencia que, ciertamente podrían no ser absolutamente concluyentes, hay uno que

transita todo el hecho probado, y toda la resolución y aflora incluso en las propias manifestaciones de este recurrente auto inculpatorias (aunque en relación a otros hechos y excluyendo expresamente éste). Nos referimos a la actitud en toda la secuencia de Jaume Matas Palou. Él será, debidamente instigado por Ignacio Urdangarín, su motor: quien, sin importarle los reales beneficios que pudiesen reportar a la Comunidad y fundación y empresa y a sus fines; despreocupándose de que se justificasen o no los gastos; aceptando que fuesen los coacusados, particulares, quienes estableciesen condiciones, precios, tiempos de pago… transmitió las instrucciones correspondientes a la cadena de autoridades y funcionarios implicados, eludiendo todo procedimiento administrativo y despreciando cualquier principio rector de la contratación por ente público.

En ese contexto las manifestaciones de José Luis Ballester se revelan, más allá de las circunstancias concretas (momento, situación, cronología, expresiones específicas) como las más creíbles. Incluso aunque no contásemos con ellas estaría casi cincelado en la narrativa de la sentencia un dolo eventual derivado de un *desentenderse,* que le haría responder igualmente: desencadenar esa retahíla de contratos, convenios, alegres desembolsos, con ausencia total de controles, revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación que en quien está constituido en garante por un doble título hará nacer responsabilidad penal dolosa. Este argumento sobre la inocultable concurrencia de dolo eventual aparecerá en el escrito de impugnación de la Comunidad de las Islas Baleares.

No es, por tanto, una única manifestación de un coimputado con afán de minimizar las consecuencias penales para él y que además no siempre ha dicho la verdad, lugar donde sitúa el recurrente la cuestión. Son las declaraciones de un coimputado (Matas le autorizó; contó con su beneplácito) que en ese escenario resultan lo más creíble.

Pero no solo ello.

No son en exclusiva declaraciones del co-acusado. Son las manifestaciones del acusado unidas a una secuencia de hechos que demuestra la nula preocupación del recurrente por dar buen uso a los fondos públicos, y su impuesta voluntad de ajustar la actuación a las exigencias de los dos coacusados, condenados como *extranei* por malversación, más la aceptación genérica y expresa de sus responsabilidades (no solo políticas; también penales: ese dejar hacer y favorecer la situación de descontrol sin importarle consecuencias representa algo más que una vaporosa responsabilidad política).

Es obvio, por otra parte, y en relación al argumento sobre la estimada inveracidad en algunos puntos de las declaraciones de Ballester, que las manifestaciones de un mismo declarante son divisibles: puede darse crédito a algunas afirmaciones y no a otras. Esto es obvio. En la realidad no se dan las situaciones de viejos acertijos en que los que dicen la verdad la dicen siempre; y los que dicen la mentira siempre mienten. En muchos testimonios conviven verdades y falsedades (conscientes o no conscientes). La Sala ha de ir discriminando: en eso consiste la valoración probatoria de una testifical.

Como es también obvio que detalles concretos pueden haberse olvidado o desfigurado con el paso del tiempo. Podemos dudar que fuese en concreto el día que se alega aquél en que se produjo la comunicación a Jaume Matas (algo que el recurrente explota con habilidad ridiculizando la situación y explicación sobre la preocupación por el resultado electoral; pero admite otras lecturas: inmerso en ese evento trascendental, para él en el que se ventilaba su futuro más inmediato, nada le importaría lo que se hiciese con esas facturas: indiferencia o indolencia, suficiente para rellenar el dolo).

En la declaración en fase de instrucción (folio 2563) Ballester se refirió en términos más genéricos a esa autorización expresa de Jaume Matas para los pagos. Es verdad. Pero las contradicciones que señala el recurrente pueden merecer explicaciones muy distintas a la inveracidad. No son esas discordancias suficientes para desplazar la convicción expresada por la Sala a la que es exigible una motivación suficiente, pero no exhaustiva.

La indagación sobre las contradicciones, en otro orden de cosas, puede partir de la iniciativa de la parte (art. 714 LECrim). Es más, eso ha de ser lo ordinario según se desprende de la propia literalidad del art. 714 LECrim y del papel más pasivo de la Presidencia en un juicio según aconseja la preservación de su papel de árbitro imparcial. La queja por la falta sobre esas contradicciones no tiene fundamento o se convierte en un autorreproche. No es justo el reproche que le dirige el recurso lo que podría revertir contra la misma defensa.

Los posibles beneficios penológicos han de ser tomados en consideración, no desacreditan por sí solos la acusación de un coimputado que, no estando obligado a decir la verdad, pero no puede acusar impunemente a terceros.

Como recordaba la STS 243/2013, de 25 de enero "*la reforzada necesidad de razonar la credibilidad del coimputado se acentúa en el caso de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con esa actitud procesal*. Y prosigue: "*En esos supuestos hay que argumentar convincentemente la fiabilidad del coimputado. Existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditamiento. El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado como demuestra la existencia del art. 376 del Código Penal precisamente en materia de delitos contra la salud pública. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir* in casu *una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente, este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS*

v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio".

La sentencia de instancia contiene también un buen elenco de resoluciones nacionales e internacionales en esa dirección.

Por lo demás, las declaraciones de Gonzalo Bernal no son tan irrelevantes como se esfuerza por presentarlas el recurrente. Sitúa la información de José Luís Ballester sobre el conocimiento por Matas de esa cuestión no cuando ya se ha producido el cambio de estrategia procesal, sino en un momento anterior, cuando no había razones para imaginar una causa penal y que José Luís Ballester se vería abocado a optar por esa aceptación de las propias responsabilidades. Por eso, esa referencia extraprocesal tiene mayor valor acreditativo. No puede atisbarse en aquellos momentos un interés espurio que le llevase a hacer partícipe a Gonzalo Bernal de esa información. Ni se puede imaginar algún móvil para inventarse esa comunicación.

Son de recibo, en otro orden de cosas, las consideraciones que vierte el Fiscal impugnando el recurso, que sintonizan, por otra parte, con lo que acabamos de exponer: "Partimos de un concreto escenario, en el que se inician las negociaciones, por el Sr. Urdangarín, quien a través del Sr. Ballester, busca llegar al President. Pero conseguido el contacto con él, es el Sr. Matas, quien resuelve, quien da el visto bueno a lo propuesto por D. Ignacio y decide verbalmente contratar con él, lo que no es negado ni cuestionado en el recurso. Como el Sr. Matas reconoce en sus declaraciones está asumiendo su cuota de responsabilidad. Pero la referencia a esa asunción de responsabilidad se restringe en esta alzada.

Es evidente que con expresiones como "asumo la responsabilidad de todo", el acusado estaba dando una proyección a su declaración que rebasaba el ámbito jurisdiccional, pero en lo que ahora interesa, buscaba el beneficio penológico de las atenuantes que finalmente obtuvo. Constituyendo una deslealtad procesal, una vez conseguidas las mismas, poner el acento en matizaciones a fin de reducir su participación en los hechos delictivos. No otra cosa cabe concluir del hecho de impugnar la condena por

el delito de falsedad, interponiendo recurso de casación, cuando había reconocido que no se celebraban juntas del patronato de la Fundación Illesport, y no obstante se levantaban actas como si hubieran tenido lugar y él las firmaba. De igual modo, admitió que se le daba cuenta de los temas más importantes, por razones económicas o de otra índole, y resulta incongruente que niegue su participación en el delito de fraude a la administración, manifestando que el Sr. Ballester no le dijo nada de las cantidades a pagar por el Observatorio del Proyecto. Es ilógico que tratándose de un debate con los coacusados Sres. Torres y Urdangarín, y habiendo admitido el interés tanto del Sr. Ballester, como de él mismo, en las relaciones con este y su familia, el tema no le fuera consultado.

No puede negarse la relevancia de la declaración del coimputado para la inculpación concreta del delito de malversación, por los hechos referidos al Observatorio del proyecto del Sr. Matas, como tampoco desconocerse la desconfianza que este tipo de prueba puede suscitar. El propio testimonio de D. Jaume, más allá de la asunción de toda la responsabilidad, con cierta resonancia propia de otros ámbitos, supone reconocer, como así fue, que estuvo dispuesto a contratar, sin sometimiento a procedimiento ni trámite administrativo previo, con una persona, el Sr. Urdangarín, por su sola posición social, por sus relaciones familiares, que lo situaban en un lugar privilegiado institucionalmente. Sin mediar estudio alguno de viabilidad previa económica, ni tampoco barajar otras posibilidades. Esa ciega asunción de la proposición que se le hacía, constituía una carta en blanco, con dejación plena de todo tipo de controles previos, o ulteriores, de legalidad y eficacia. Incluso el patrocinio con “el mejor equipo ciclista del mundo”, podía no ser la inversión prioritaria y, desde luego, en términos de cálculo de rentabilidad -irrenunciables en la gestión de fondos públicos- debería haberse sometido a una ponderada valoración.

El devenir de los hechos, por otra parte, no permite dejar limitada la responsabilidad a la decisión inicial, como se pretende por el acusado Sr. Matas. Y ni siquiera con la interpretación reduccionista que reclama para su declaración en el plenario, puede entenderse así. El propio Sr. Matas era a su vez presidente de la fundación Illesport, y admitió, por ejemplo, sin reservas que eligió la tramitación por esta entidad, para el patrocinio y la oficina del proyecto que le planteaba el Sr. Urdangarín por su falta de fiscalización. Asimismo, reconoce que, con excepción de la junta constituyente, no se celebraron otras, y que las actas levantadas de las supuestas decisiones tomadas en ellas eran falsas. Ello, no obstante, él firmaba esas actas, de juntas que no tuvieron lugar y que eran redactadas por quien ni siquiera asistía a las mismas. En esa “tolerante” atmósfera es en el que tiene lugar según declara el Sr. Ballester, su comunicación al ahora recurrente de los problemas existentes con la realización de la actividad del llamado Observatorio del Proyecto. En ese escenario histórico descrito en la sentencia, la conducta que venía desarrollando el Sr. Matas, los compromisos económicos con que vinculaba a la administración Balear, su valoración de la influencia del Sr. Urdangarín, la aceptación incondicional de sus propuestas, y la importancia que confería a su buena relación con él, constituían la tónica de la sucesión de hechos en la que encaja sin estridencias la respuesta dada al Sr. Ballester.

Además, la veracidad de la manifestación del Sr. Ballester, está avalada por la documentada oposición al pago que venía haciendo, como queda constatado con las actas de contacto. Las reticencias mostradas se evidencian de la existencia de esas llamadas actas de contacto, e incluso de la intervención del Sr. Urdangarín urgiendo al pago, una vez que, cuando menos formalmente, había abandonado el entramado societario que compartía con el Sr. Torres.

La posición adoptada por el entonces President, aviniéndose a abonar un servicio no prestado, es plenamente conforme con su trayectoria previa, seguida en todas las negociaciones, decantándose siempre en favor de las proposiciones del Sr. Urdangarín y su socio. Y, plenamente atendible la justificación en el resultado electoral. No son las declaraciones del Sr. Ballester, sino más bien los argumentos del motivo los que se podrían tildar de política/ficción siguiendo la terminología del recurrente. Sin estimar necesario, ni siquiera oportuno entrar en ese ámbito, más allá de lo que exija la valoración de la verosimilitud de la declaración del Sr. Ballester, no puede negarse que ya estuvieran próximas o no las elecciones autonómicas a las que el Sr. Matas concurría, le interesaba evitar escándalos o cuestionamientos de la gestión económico-política realizada.

En fin, no puede omitirse la consideración de la repercusión de esa asunción de responsabilidad de lo sucedido, que, sin duda, influyó en la relajación del nivel de exigencia de motivación de la prueba, por el Tribunal de instancia".

SEXAGÉSIMO PRIMERO.- Cerramos el discurso, sobre este punto, con una observación que acaba por despojar a esta cuestión de cualquier relevancia; o al menos, la minimiza hasta confinarla a extremos casi puramente simbólicos.

La condena por el delito de malversación va unida en relación de concurso medial a un delito continuado de falsedad cometido por funcionario y un delito continuado de prevaricación. La penalidad se ha fijado atendiendo al delito de falsedad el más grave. La pena de la malversación, en consecuencia, queda embebida ahí (en un concurso medial triple: ahora no tenemos más que aceptar la forma de penar que ha realizado la Sala de instancia, que, por otra parte, es la habitualmente realizada por la jurisprudencia, sin cuestionar si era exigible un doble juego del art. 77 CP; o la extracción a efectos punitivos de uno de los delitos, lo que en general no es la praxis habitual ni tampoco la aceptada por el TS). La estimación de este motivo nada alteraría el total, sin perjuicio –no duelen prendas reconocerlo- de la responsabilidad civil (que se desvanecería en lo relativo a la malversación en el proceso penal; pero no desaparecerá como tal,

convirtiéndose en una responsabilidad contable que ha venido a aceptar el recurrente. Esa realidad permite negar cualquier beneficio material en esa cuestión (incluso en el caso de que se estimase no trasladables a los embargos las previsiones de los arts. 635 y 742 LECrim). Habría que remitir a la administración perjudicada a reclamar los perjuicios en otro ámbito jurisdiccional. La generalizada e inmatizada aceptación de ser el responsable directo o indirecto de todos los hechos apunta a esa responsabilidad contable.

Si reflexionamos algo más no es sencillamente que el éxito de este motivo podría carecer de toda repercusión en la pena impuesta derivada de un delito continuado de falsedad con una doble atenuante (reparación y confesión); sino que, al reconsiderar la calificación, de forma paradójica pero real, tendríamos que realizar una total recalificación. En ese trance, se esfumarían la atenuante de confesión y la atenuante de reparación del daño que no afectan a la falsedad. La pena a imponer sería superior; habría que elevarla. No habría lugar a la degradación penológica. El delito continuado de falsedad determinaría una pena privativa de libertad no inferior a cuatro años y seis meses, (susceptibles de agravarse por virtud del art. 74.1 hasta un total de siete años y seis meses) amén de la multa y la inhabilitación especial.

Tropezaríamos, es cierto, con un dique insalvable –prohibición de la *reformatio in peius-.* Aunque en la instancia había acusaciones, diferentes a la pública, que no reclamaban esas atenuantes, no se ha producido acusación adhesiva alguna a este recurso. Las peticiones afectantes a este recurrido desde otros recursos no afectan a estos hechos, ni a la penalidad establecida. Pero sin duda esa realidad material sería argumento de fuste para no rebajar ni un solo día la pena impuesta en la sentencia de instancia que sería ajustada a la calificación, aunque se expulsase la condena por el delito de malversación.

Los dos motivos son desestimables.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO.- Usando como palanca impugnativa el art. 849.2 LECrim pretende el recurrente expulsar del hecho probado –y también de los fundamentos de derecho en cuanto cobijan algunos contenidos fácticos, las referencias a la inexistencia de unos derechos de exclusividad de NOOS Consultoría Energética sobre la elaboración del material promocional del equipo ciclista Banesto-Illes Ballears, que alimenta, aunque no en solitario, la condena por delito continuado de falsedad.

Se arma el motivo (849.2º LECrim) de manera esmerada, ordenada e impecable formalmente, lo que, como se ha dicho, es poco habitual. No solo se resaltan gráficamente (mediante su tachado visualizable) los fragmentos de la sentencia que deberían ser suprimidos, sino que, además, como complemento de la argumentación, se recoge todo el documento con el propósito, loable y digno de gratitud, de aliviar las tareas de localización en una causa de las dimensiones de la presente; dificultades que en todo caso, como ya se ha dicho y no importa reiterarlo, se han visto dulcificadas si no totalmente despejadas, por la magnífica labor de gestión documental atribuible a la oficina judicial mediante la digitalización e indexado de toda la documentación. También, -justo es reconocerlo- por la ayuda prestada por recurrentes al señalar folios, tomos, lugares, minutaje de la sesión correspondiente o, incluso como en este caso, trasladando íntegramente el documento al escrito de recurso.

Quiere demostrar el impugnante mediante el *Acuerdo de colaboración para la creación de una Oficina de proyecto equipo ciclista Illes Balears* firmado por Noos Consultoría Estratégica y Abarca Sport S.L. fechado el 1 de enero de 2004 (folios 2711 a 2714 del anexo 48) que NOOS tenía otorgada esa exclusividad.

La lectura detenida del documento no conduce en absoluto a la contundente conclusión que el recurrente considera clara. No es así: se hace figurar un acuerdo de *hacerse cargo de las actividades promocionales, publicitaria, comerciales, de marketing, comunicación, relaciones públicas, reconocimientos y repercusión publicitaria y comercial y de las campañas de*

exportación de imagen del equipo: Pero no se atribuye exclusividad. Cabe otra interpretación.

Se establece un acuerdo de colaboración, se habla de la constitución de una oficina del proyecto que gestionará Noos y que asumirá los derechos de explotación de imagen de Abarca Sport S.L., pero, como destaca el Fiscal, palpita cierta equivocidad en sus términos:

"Abundando en esa idea, el examen del documento citado no contiene particular que exprese ese derecho de "exclusividad" más allá de una contratación, sin esa pretendida cláusula que hiciera imposible la intervención de otra mercantil en vez de la de los coacusados Sres. Urdangarín y Torres y que determinara obligadamente la contratación de la misma por administración pública.

El documento esgrimido por el recurrente, en aras a sustentar el error en la apreciación de la prueba denunciado, es un borrador de contrato que remite el Sr. Torres al Sr. Echavarri, Abarca Sport SL, para hacerse cargo de la gestión de la llamada oficina del proyecto.

Examinada la página 2.713 del anexo 48, consta que Abarca Sport SL es la titular de todos los derechos de explotación de imagen del equipo ciclista y de todos y cada uno de los ciclistas componentes del mismo, su imagen, su marca y sus elementos representativos. La Oficina del proyecto desarrollarán todas estas actividades y las coordinará". El documento está fechado el 1 de enero de 2004.

Interesa tener en cuenta que conforme se declara probado, es en septiembre de 2003 cuando en la reunión habida entre el President del Govern Balear el Sr. Urdangarín, entre otros, se plantea la gestión de la oficina el proyecto por la mercantil NCE SL. y es en septiembre de 2003 cuando se resuelve verbalmente por el presidente proceder efectivamente, a esa contratación. En octubre de 2003, cuando se concreta la determinación del precio y las condiciones. Es más, en la fecha en las que se adquieren esos compromisos, ni siquiera se había constituido la entidad Abarca Sport SL, lo que no tiene lugar, sino el 10 de noviembre de 2003. Por tanto, la solicitud de recibir la adjudicación de prestar el servicio de una llamada Oficina del Proyecto y su concesión tiene lugar, con anterioridad a la misma existencia de la mercantil Abarca como - al punto podría hacerse alguna reflexión a ese respecto, que se va a obviar, en aras de le síntesis deseable en un recurso de esta extensión- y por tanto no podía haber concedido ni representación ni derecho de exclusividad alguno a la entidad NCE. Sin embargo, el patrocinio del equipo ciclista se resuelve 9 días después de la creación de dicha empresa".

No falta razón al Fiscal; aunque es preciso reconocer asimismo que la certificación de que no consta la exclusividad en el expediente no es concluyente ni mucho menos. Los términos del acuerdo son, al menos, ambiguos. El recurrente hace una interpretación *pro domo sua*. La palabra

"*exclusividad"* no aparece en ningún pasaje del documento. Aunque tampoco se puede decir de forma tajante que no la establezca implícitamente.

Son también razonables las disquisiciones que vierte el recurrente sobre una posible confusión con la relación de exclusividad prevista para otras gestiones (búsqueda de patrocinador) en relación a otra empresa.

En cualquier caso, es innecesario adentrarse ahora en una polémica por la interpretación que demos a ese acuerdo y a su contenido y literalidad. De una parte, porque las dudas habrían de solventarse obviamente en favor del acusado (vía presunción de inocencia, y no a través del art. 849.2º LECrim). De otra y, sobre todo, porque ya se ha justificado antes que, aunque pudiésemos afirmar tajante e indubitadamente que no existía esa atribución de exclusividad no podríamos hablar de falsedad basada en ese dato dada la naturaleza y finalidad del documento en que se hace constar. La falsedad surge de otras circunstancias que, como vimos, no afectan a los particulares. Respecto de este recurrente, por lo demás, la falsedad se sustenta en muchos otros hechos.

El motivo no es estimable.

SEXAGÉSIMO TERCERO. – A esos otros hechos se refiere el siguiente motivo, el cuarto. Introducido a través del art. 852 LECrim, quiere echar abajo la condena por otras acciones tachadas de falsarias y abarcadas por la continuidad delictiva con que la Sala las califica. Considera contraria a toda racionalidad la valoración probatoria referida a esos hechos lo que conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Recordemos otra vez, como hace el Fiscal, que la declaración prestada por el ahora recurrente Jaume Matas, en el acto del plenario, no se compadece bien con las pretensiones del recurso.

En relación con las juntas del patronato de la Fundación Illesport manifestó "... únicamente se celebró la primera junta, la constitutiva. Preguntado por el resto de las Juntas, responde que no se llevaron a efecto y reconoce que las actas son

simuladas". Respecto de la dación de cuenta de las decisiones dice que le daban cuenta "solo de las de especial relevancia económica". Además, las actas se las pasaba a la firma Xisca, su secretaria. Afirma también que la oficia del proyecto era un peaje y el Sr. Urdangarín "...un intermediario, conseguidor, lo que usted quiera", así como que solicitó un 1% de comisión, según le informó el Sr. Ballester, y "lo quería cobrar a través de la prestación de los servicios que necesitaría el equipo"; "... nos iba bien estar bien con él (Sr. Urdangarín) y con la Familia Real. Pero él era el conseguidor del proyecto e iba a cobrar sus servicios". De igual modo declaró "Soy el presidente y asumo mi responsabilidad. Lo que no puedo hacer es restituir el daño económico y he puesto mi patrimonio a disposición de la sala que está en venta y la totalidad se puede entregar al juzgado y asumir mi culpa y responsabilidad porque tomé la orden inicial que ha desembocado en estas actuaciones". De igual modo "Preguntado si supo o intentó seguir el destino de estas cantidades quién las había pagado, quién percibido Responde que: "No"". Preguntado por el sistema de actas ficticias responde que "Era un sistema El precio del convenio lo determinan el Sr. Ballester y el Sr. Torres. Respecto a la justificación del gasto refiere "esto falla", asume su responsabilidad porque no se ha justificado el gasto. Ha puesto a disposición de la comunidad, la mitad indivisa de su domicilio.

Jaume Matas era Presidente de la Junta de Patronos de la fundación Illesport. Admite que solo se produjo la reunión constitutiva de la junta. Las otras reuniones son inexistentes. No obstante, se elaboraron actas como si hubieran tenido lugar. Las actas son así pues simuladas, eran los acuerdos de la comisión ejecutiva. Las redactaba el Sr. Amengual que no pertenecía a la comisión ejecutiva. Le daban cuenta de los principales acuerdos el Sr. Ballester. Conociendo esos extremos él firmaba las actas".

Todas las actas de la Fundación Illesport se tachan de simuladas pues consignarían *relaciones jurídicas inexistentes.*

Se niega eso por el recurso. Reflejan –se proclama- relaciones reales: contratos administrativos, aunque se haya prescindido del procedimiento lo que ya ha dado lugar a la condena por prevaricación.

La expresión repetida una y otra vez en los fundamentos de derecho para referirse a esas actas (*relaciones jurídicas inexistentes)* seguramente no es afortunada y arroja alguna confusión. O, al menos, ha llevado a la confusión al recurrente. Parece ser tributaria y estar en dependencia excesiva –casi esclava- de alguna referencia jurisprudencial.

Pero es documentación falsaria no porque los contratos, acuerdos y relaciones que reflejan no fuesen reales, sino porque los actos jurídicos que

documentan (reuniones, deliberaciones, acuerdos, votaciones) son inexistentes, son irreales, se fingen. Por eso se condena. Esos hechos están aceptados íntegramente en el escrito de conclusiones de esta defensa, aunque estimase infundadamente que no eran típicos.

Son falsedades. Que fuese una práctica arrastrada, o que fuese habitual no sana su carácter pura y llanamente falsario. No se puede pretender que esta Sala respalde esa forma de hacer en que uno con la ayuda de unos pocos, acuerda, decide, dispone, por su propia voluntad y luego documenta sus decisiones como si fuesen fruto de un órgano colegiado que ni discute, ni delibera, ni se reúne. Esas son las *realidades inexistentes* contradictorias con el contenido de las actas.

El motivo fenece.

SEXAGÉSIMO CUARTO.- También el siguiente motivo –quinto- se encamina a desmontar la condena por falsedad. Se razona ahora desde una perspectiva de derecho penal sustantivo que se ancla en el art. 849.1º LECrim: no habría falsedad por no existir un perjuicio potencial para el tráfico jurídico.

Tampoco es aceptable la objeción.

La falsificación de unos documentos exigidos y exigibles legalmente para que quede constancia oficial de actos, decisiones, acuerdos… en puntos esenciales no es potencialmente inocua, aunque luego en un momento dado se renuncie a hacer valer la falsedad y se reconozca que se trata de reuniones, actos, decisiones colegiadas simuladas.

¡Claro que eso es potencialmente perjudicial para la actividad administrativa! Si alguien, v. gr., hubiera querido atacar alguno de esos acuerdos, o decisiones -o hacerlos valer- se hubiese encontrado con unas actas que no reflejan la realidad; si se hubiesen reclamado por un órgano judicial o fiscalizador en cualquier sentido los acuerdos (en momentos en que se mantuviese la gestión de los acusados o años después, hipótesis

nunca descartable), se hubiesen remitido esas actas que dan la apariencia de un funcionamiento correcto, encubriendo una forma de actuar que con justicia y por la justicia se ha tachado de prevaricadora. Es falaz decir que como las actas no han salido al mundo exterior más que cuando han sido solicitadas por el órgano judicial y en ese momento no se ha pretendido ocultar que reflejaban realidades inexistentes (seguramente porque era inútil en el contexto de un proceso penal intentar esconderlo), ya no habría falsedad.

Lo que encubren esas falsedades no son obviamente las relaciones jurídicas externas (patrocinio del equipo ciclista, celebración de eventos deportivos…). Esto es patente. Nadie sostiene lo contrario. La sentencia condena por falsedad no por eso. Lo que aparentan esos documentos es que fueron decisiones acordadas colegiadamente por los órganos competentes después del pertinente debate. No es así: era la voluntad del acusado trasladada luego a un acta que reflejaba un acuerdo colectivo inexistente del que se daba fe por parte de quien había de desempeñar las funciones de secretario, y que quedaba guardado en los archivos.

Esa forma de actuar no es penalmente asumible. Ni podemos lanzar un mensaje de que el derecho penal la tolera, que da igual que es indiferente. Lo que no sería admisible en una sociedad mercantil, tampoco lo es en una fundación o empresa pública.

Hay prevaricación porque se prescindió totalmente de los procedimientos y se adoptaron acuerdos al margen de algunos principios esenciales guiados por la propia y exclusiva voluntad de la autoridad.

Hay falsedad, porque además esos acuerdos quedaron documentados como si fuesen el fruto de unas reuniones del órgano llamado a decidir con la discusión o debate previo, siendo ello incierto.

No se produce un *bis in idem*. Concurren dos ilícitos distintos que, además, han sido agrupados en un único concurso medial con una única penalidad.

El impugnante argumenta que la realización del acta no era indispensable para cometer el delito de prevaricación pues todos los implicados lo conocían.

Pues bien, lo primero a lo que podría llevar esa reflexión es a cuestionar la relación de concurso medial y pensar en penar por separado. No puede hacerse porque perjudicaría al acusado.

Y respecto a lo segundo, hay que afirmar una obviedad: lo conocían quienes lo conocían. Pero las actas, por su misma naturaleza, tienen vocación de acreditar frente a terceros. Que no hayan sido usadas en este caso concreto no excluye su virtualidad potencial para incidir en el tráfico jurídico.

El argumento utilizado por la sentencia para excluir de una falsedad a José Luís Ballester no sirve. Se utiliza retorcidamente. En ese caso lo que se dice es que José Luís Ballester se limitó a trasladar una decisión, pero no participó en la confección ulterior del expediente supuestamente falsario.

Los argumentos basados en comparaciones (otros intervinientes en esos documentos no han sido condenados) carecen de recorrido. No han sido condenados entre otras cosas porque no habían sido acusados. La Sala no podía ni siquiera entrar a analizar la procedencia o no de su condena. Fuera de la legalidad no hay igualdad invocable. No puede absolverse por el hecho de que un copartícipe vaya a resultar impune por no haber sido identificado o por haber huido. El ejemplo tiene algo de hiperbólico, e histriónico, pero en esencia es válido: que no se haya condenado a otras personas que podrían ser partícipes sea cuales sean los motivos que han llevado a ello, no aboca a absolver a aquellos que han sido acusados y cuya participación en hechos que son típicos ha quedado demostrada.

Ciertamente el criterio –falta de riesgo para el bien jurídico- manejado por la Sala para otras absoluciones por falsedad (que han sido refrendadas por esta Sala con argumentación no totalmente coincidente) no son sólidos,

en contra del que se entiende en el escrito de recurso. Por eso no es aquí fecundo a los fines pretendidos por el recurrente.

Las actas no habrán aflorado en el tráfico jurídico, pero si se elaboraban y archivaban es para tener alguna eficacia potencial. Que no se hayan usado, no excluye su último destino: posibilidad de acreditar datos y actuaciones no ajustados a la realidad. Que eso fuese una práctica sistemática e implantada no solo para estos sino también para otros hechos, no neutraliza su relevancia penal. Una actividad criminal no se convierte en lícita por repetirse muchas veces en el seno de una organización o por erigirse en práctica generalizada en la misma.

Nos parece irrefutable el perjuicio potencial, pese al habilidoso esfuerzo dialéctico del recurso por desmentirlo.

La STS nº 1019/2001, de 25 de mayo recordada por el Fiscal señala que "el delito de falsedad, (...), tiene la naturaleza de un delito de peligro y no de lesión, y se consuma desde el momento en que se realiza la alteración o mutación de la verdad en el documento. Así este Tribunal ha declarado en algunas sentencias (p. ej. en la de 18 de octubre de 1994) que en estos delitos no se exige una incidencia del documento falso en el tráfico jurídico, «bastando que exista un daño potencial cuando el documento tenga aptitud para poder incidir negativamente en dicho ámbito... quedando consumados estos delitos desde el momento en que se produce la alteración prevista como típica en las modalidades previstas en el artículo 302 del Código, es decir, una vez que alcanzan esa posibilidad de incidencia en el tráfico jurídico»".

Al hilo esa cita jurisprudencial apostilla el Fiscal:

"Las actas sí se habrían introducido en el tráfico jurídico porque se elaboraron con la finalidad de dar soporte a la validez de la celebración de unos negocios jurídicos. Y estaban en poder de la fundación Illesport, que había sido parte en dichos actos. El hecho de que se encontraran en un "libro de actas", o en una capeta de actas- alegación que excede de los hechos probados, pero se combate en los estrictos términos que se alega- no empece a ninguna de sus funciones. Desde el momento que se elaboraron en la tramitación de un expediente administrativo de contratación y sirvieron de soporte a la misma".

Se rechaza el motivo.

SEXAGÉSIMO QUINTO. - Se traslada ahora el recurrente al delito del art. 436 respecto del que también articula dos motivos (sexto y séptimo) con la misma doble vertiente (irracional valoración de la prueba y violación consiguiente de la tutela judicial efectiva; y error de subsunción jurídica: arts 852 y 849.1 LECrim respectivamente). Vamos a unificar su examen.

Dice, de una parte, que no puede considerarse acreditado un perjuicio en cuanto que la actividad retribuida redundaba en el éxito del patrocinio asumido por la administración autonómica. Además –se apunta- que las relaciones internas entre Abarca Sport y Nóos Consultoría Estratégica no debieran ser tomadas en consideración, serían irrelevantes a los fines de valorar ese perjuicio si quiera potencial.

Explota con habilidad argumental el recurrente el hecho de que la sentencia no haya reconducido estos hechos a la malversación como sugiere el Ministerio Fiscal. Pero el hecho de que pudieran haber sido considerados malversadores no puede llevar a excluir la tipicidad subsidiaria acogida por la Sala de instancia que califica de evidente el perjuicio en apreciación que ha de secundarse. Hay que separar los desembolsos derivados del patrocinio de estos otros que en absoluto venían arrastrados por aquéllos. No había ningún motivo razonable para que la Fundación Illesport asumiese la mayor parte del coste de esos servicios pactados con una entidad privada, por más que existiese esa relación con el equipo ciclista bajo patrocinio.

En el escrito de conclusiones definitivas de esta parte (pág. 36) se califica a tales hechos, así como a otros que han sido excluidos de tal tipología por la sentencia, como constitutivos de un delito de fraude a la Administración del art. 436 CP en concurso del art. 77.3 con un delito de prevaricación. Es más, se considera que se trata de un delito continuado precisamente por la inclusión de otros episodios. Podría ser procesalmente admisible, en ciertas condiciones, pero no es desde luego ni leal ni correcto impugnar ahora esa calificación que coincide con la que el recurrente propugnaba en la instancia.

Se ha aplicado al recurrente la atenuante analógica de confesión, entre otras cosas por esa posición procesal. Tampoco es eso desdeñable a estos efectos: el acusado aceptó en sus conclusiones la comisión de ese delito y además con el carácter de continuado y señalaba procedente una pena privativa de libertad inferior en solo quince días a la efectivamente impuesta. Los argumentos que entonces le llevaron a adoptar esa postura son los que ahora podrían servirle para justificar la condena ajustada casi en todo (en algunos puntos más leves, a la por él solicitada). No debería ser necesario abundar más en esta temática. Los sólidos razonamientos expuestos en sus respectivos escritos de impugnación pro la Comunidad de las Islas Baleares (ahí estaría camuflada la comisión; la adjudicación sin otras ofertas es mecanismo que favorece un encarecimiento del servicio y su sobreprecio…), y por el Ministerio Fiscal no hacen sino disipar cualquier otra duda al respecto. A ellos nos remitimos.

El Fiscal se preocupa de recordar algunas manifestaciones del recurrente:

"… en relación con las juntas del patronato de la Fundación Illesport manifestó que "... únicamente se celebró la primera junta, la constitutiva. Preguntado por el resto de las Juntas, responde que no se llevaron a efecto y reconoce que las actas son simuladas." Respecto de la dación de cuenta de las decisiones dice que le daban cuenta "solo de las de especial relevancia económica". Además, las actas se las pasaba a la firma Xisca, su secretaria. Afirma también que la oficia del proyecto era un peaje y el Sr. Urdangarín "...un intermediario, conseguidor, lo que usted quiera", así como que solicitó un 1% de comisión, según le informó el Sr. Ballester, y "lo quería cobra a través de la prestación de los servicios que necesitaría el equipo"; "... nos iba bien estar bien con él (Sr. Urdangarín) y con la Familia Real. Pero él era el conseguidor del proyecto e iba a cobrar sus servicios". De igual modo declaró "Soy el presidente y asumo mi responsabilidad. Lo que no puedo hacer es restituir el daño económico y he puesto mi patrimonio a disposición de la sala que está en venta y la totalidad se puede entregar al juzgado y asumir mi culpa y responsabilidad porque tomé la orden inicial que ha desembocado en estas actuaciones". De igual modo "Preguntado si supo o intentó seguir el destino de estas cantidades quién las había pagado, quién percibido Responde que: "No"". Preguntado por el sistema de actas ficticias responde que "Era un sistema heredado.

Y apostilla con razón y dejando entrever una justificada indignación por esa poco leal estrategia procesal: "la declaración del Sr. Matas son de especial interés porque con ellas se ha obtenido un beneficio penológico muy significativo, con una

reducción de la pena a menos de la mitad de la imponible- la prisión podría haber alcanzado un año y seis meses, en el mejor de los casos, de mantenerse la atenuante de reparación del daño- sino porque al realizar un reconocimiento de los hechos y una genérica asunción de responsabilidades, que por lo que se ve con el recurso, legítimamente interpuesto, era más retórica e interesada que sincera, llevaba al Tribunal a cierta relajación en la fundamentación del fallo. No se trata defender la resolución impugnada como formalmente modélica en su elaboración- tampoco puede desconocerse la complejidad del procedimiento y la abundancia de prueba practicada- pero se ha de convenir que el examen y razonamiento del fallo condenatorio que parte de una suerte de confesión, de varios coautores, incluso involuntariamente se distiende.

Pretende el recurrente, en contra de la sentencia, que no existió perjuicio para la Administración pública. Conforme quedó acreditado la Comunidad Balear iba a financiar, y así lo hizo, la actividad de un equipo ciclista con un importe millonario, más exactamente 18.000.000,00 euros en tres años. Equipo propiedad de la mercantil Abarca Export. Siendo así que el beneficio obtenido con ello consistía en la publicidad que las Islas Baleares conseguirían dada la proyección nacional e internacional de dicho equipo deportivo. No se va a entrar en este momento a cuestionar si era prioritario ese gasto sobre otros, entiéndase la publicidad, como tampoco si era la mejor opción de obtener publicidad en relación con el precio a abonar, pero, desde luego, que además del patrocinio con 18.000.000 de euros al equipo ciclista, hubiera de sufragar el gasto de la llamada oficina del proyecto, no puede sino considerarse un perjuicio. En tanto, como claramente declara probado la Sala suponía entregar una cantidad de la que se beneficiaba la misma mercantil y dado que la fundación Illesport que pagó el precio no obtenía contraprestación, es llano sufría el perjuicio de dicho importe.

No puede alegarse que el beneficio de Abarca Esport, era el beneficio para Baleares. El patrocinio con 18.000.000,00 euros ya obligaba a la mercantil a la leal y certera administración de esos fondos, en satisfacción de los compromisos adquiridos. El razonamiento además es un sofisma. Por la misma, regla, la entidad se podría convertir en un ilimitado receptor de fondos públicos. Se argumenta que yerra el Tribunal de instancia al entender que no existió beneficio para la Administración, porque se prestaba el servicio a una empresa privada, Abarca Sport y no a la fundación Illesport, que lo retribuía. Se pretende que la creación del gabinete de prensa era una actividad necesaria. Un servicio que recaía directamente en el equipo ciclista y, por ende, preciso para que la Comunidad Balear “cumplido el servicio perseguido mediante la labor de patrocinio”. Sin embargo, no puede olvidarse en ese punto que ya se habían pagado unos cuantos millones de euros por la Administración.

Partiendo de esa premisa, la improcedencia de “cargar” también a la Administración con esos pagos, abstracción hecha de que el servicio se prestara, fluye con una lógica aplastante, efectivamente se prestaría a la mercantil de referencia.

Se alega, asimismo, que el precio no era superior al de mercado y tampoco puede acogerse esta afirmación. Solamente el sometimiento de la contratación a las reglas del concurso público y abierto, con respeto al principio de trasparencia, hubiera permitido

alcanzar esa conclusión. Ese vicio de origen no puede sanarse ahora comparando unos proyectos con otros, dentro y fuera de la Comunidad Balear, dado que detrás de todos los que se comparan estaban los mismos "contratista": los acusados Sres. Torres y Urdangarín y sus empresas.

Además, en buena lógica si el dueño del producto- equipo ciclista- buscaba quien lo financiara, el "intermediario, conseguidor o lo que usted quiera", en palabras del Sr. Matas en su declaración en el plenario, habría de ser retribuido por aquel que pide el patrocinio, y no precisamente por quien se aviene a patrocinarlo. Así lo refirió el mismo Sr. Molinero al inicio de las negociaciones, el patrocinado correría con el pago de la comisión.

En fin, el planteamiento entra en abierta contradicción con las propias declaraciones del recurrente. Si se trataba de una comisión, no se remuneraba un servicio. Si los pagos estaban destinados a retribuir la intermediación del Sr. Urdangarín en la contratación, no existía servicio sino una cobertura de supuestos servicios que en realidad estaban vacíos de contenido.

En todo caso, los hechos que, podrían integrar una malversación, no pueden sino ser considerados un delito de fraude a la administración, pues medio concierto entre autoridad, funcionarios públicos y particulares para perjudicarla, o lo que es igual, obtener un beneficio económico en detrimento de las arcas públicas.

Podemos igualmente remitirnos a los motivos anteriores que han versado sobre este tipo penal, y resaltar con el Fiscal que en la absolución por el delito de malversación concurren sobre todo cuestiones de principio acusatorio y congruencia con la calificación de las acusaciones.

No puede pues albergarse duda sobre la concurrencia de los elementos del tipo previsto en el art. 436 CP, que, por el contrario, se ve colmado con la conducta descrita en la resolución, de donde se concluye su acertada aplicación por el Tribunal, y el obligado rechazo del mismo.

SEXAGÉSIMO SEXTO. - El ya último motivo de este recurso –¡y de todos! - aborda una cuestión dosimétrica: se denuncia infracción el art. 66.1.2ª CP al amparo del art. 849.1º LECrim. Se haría necesario rebajar la pena en dos grados. Uno solo se quedaría corto. La opción no estaría suficientemente justificada en la sentencia.

Se declara probado que Jaume Matas Palau, en su declaración en el plenario, cooperó al esclarecimiento de los hechos. Asumió su intervención y, revelando datos trascendentes, coadyuvó con tal proceder con la

Administración de Justicia. Antes con la finalidad de reponer el perjuicio que eventualmente pudiera haber ocasionado, consignó la cantidad de 865.252,67 euros en concepto de responsabilidad civil.

Se ha destacado por la jurisprudencia el contrasentido que supone "... que habiéndose consumado el delito de falsificación de tarjetas de crédito –y de posesión de útiles para la falsificación- se rebaje nada menos que en dos grados su pena como consecuencia de haber luego cometido una segunda conducta delictiva –delito de estafa- y haber pagado la indemnización del perjuicio derivado de esa conducta delictiva posterior, que en nada ha sido relevante para la consumación previa y anterior del delito de falsificación de tarjetas de crédito. Esta idea, con unos u otros matices, en función de la naturaleza del delito por el que se formulaba acusación, ha sido proclamada en numerosos pronunciamientos de esta Sala, de los que las SSTS 545/2012, 22 de junio; 73/2009, 29 de enero; 1215/1999, 29 de septiembre; 1013/2002, 31 de mayo, no son sino elocuentes ejemplos". (STS 25-9-2014).

Esta doctrina conduce al rechazo de la pretensión. El recurrente ha recibido un trato penológico muy favorable por la apreciación de dos atenuantes que no concurrían más que respecto de uno de los delitos por los que ha sido condenado. La estimación de la atenuante de reparación del daño en el delito de fraude a la administración, al igual que en el delito de falsedad documental cometida es no solo generosa, sino quizás improcedente. La consignación no afecta en rigor al delito de falsedad. No es lógico, que tras haber cometido además de un delito continuado de falsedad, por el hecho de cometer otro delito de malversación, amén de la prevaricación continuada, la consignación del importe reclamado como responsabilidad civil, le beneficie al punto de determinar el descenso de penas en dos grados. Sería un contrasentido, disconforme con el espíritu del legislador al tiempo de introducir esta atenuante, *post factum*.

Si esto era ya así al dictar la sentencia la Audiencia Provincial, donde las manifestaciones realizadas, como se ha indicado en fundamentos precedentes, parecían contener un reconocimiento de los hechos, que buscaba la atemperación de la pena, y el más favorable entendimiento de la aplicabilidad de las atenuantes de reparación del daño y confesión, deviene imposible en casación.

Solo mediante una interpretación muy laxa de los requisitos de esas atenuantes (baste pensar en el elemento cronológico de la confesión) pudiera apreciarse también en un delito –la falsedad- con las que resulta una de ellas muy poco compatible. Resulta llamativo, como destaca el fiscal, a quien volvemos a seguir al rechazar este motivo, que se interese la atenuante cualificada, y además en un recurso que impugna la condena por los delitos de malversación, falsedad y fraude a la administración. Se compadece muy mal esa actitud con la confesión de la infracción a que se refiere el art. 21. 4ª CP exigiendo que se haya antes de conocer que el procedimiento se dirige contra el reo; una aceptación parcial de hechos que, además ha sido *aguada* en casación.

I) COSTAS PROCESALES

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO.- Cada uno de los recurrentes (también el adhesivo) habrán de cargar con las costas causadas por sus respectivos recursos (art. 901 LECrim) con la excepción de la Abogacía del Estado, Ignacio Urdangarín y Diego Torres y Ana María Tejeiro (y sociedades colitigantes con éstos) al haber sido estimados, total o parcialmente sus respectivos recursos. Debe excluirse de la condena en costas también al Ministerio Fiscal cuya posición institucional arrastra un lógico régimen especial en esta materia. Correrán de oficio las costas de estos recurrentes.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha 17 de febrero de 2016, y recaída en las Diligencias Previas 3667/2008 (Pieza Separada nº 25), del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Palma de Mallorca, seguidas por delitos de prevaricación; de fraude a la administración; falsedad en documento público por funcionario; falsedad en documento mercantil; malversación de caudales; estafa; delitos contra la hacienda pública, y blanqueo de capitales; declarando las costas de este recurso de oficio.

2.-DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES** contra la Sentencia y Audiencia arriba reseñadas**;** condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

3.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por la **ABOGACÍA DEL ESTADO, acogiendo el motivo único de su recurso** y en su virtud **casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia** con declaración de oficio de las costas de este recurso.

4.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el **SINDICATO MANOS LIMPIAS (Acusación Popular)** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso sin que proceda la devolución del depósito legalmente establecido si éste se hubiese constituido.

5.- DESESTIMAR el recurso adhesivo formalizado por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE VALENCIA** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas por el mismo.

6.-ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación del motivo sexto de su recurso** con desestimación del resto de motivos; y en su virtud **casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia** con declaración de las costas de su recurso de oficio.

7.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **D. DIEGO TORRES PEREZ , Asociación Instituto Nòos de Investigación Aplicada; D.ª Ana María Teijero Losada; Virtual Strategies S.L. (R.C.S); Nòos Consultoria Estratégica S.L. (R.C.S.); Fundación Deporte, Cultura e Integración Social (R.C.S); Shiriaimasu S.L.; Intuit Strategy Innovation Lab S.L. (R.C.S.)** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas **por estimación, de los motivos quinto, sexto, undécimo, décimo, quinto, décimo séptimo y vigésimo primero; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

8.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **D. JAUME MATAS PALOU** contra sentencia y Audiencia arriba reseñadas condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

RECURSO CASACION núm.: 1206/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

En Madrid, a 8 de junio de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción no 3 de Palma de Mallorca por los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude a la administración, falsedad en documento público, falsedad en documento mercantil, falsedad en documento cometida por particulares, estafa, tráfico de influencias, contra la hacienda pública y blanqueo de capitales en causa seguida contra D. IGNACIO URDANGARIN LIEBAERT, D. DIEGO TORRES PÉREZ, D. JAUME MATAS PALOU, D. JOSÉ LUÍS BALLESTER TULIESA, D. GONZALO BERNAL GARCÍA, D. JUAN CARLOS ALÍA PINO, D. MIGUEL ÁNGEL BONET FIOL, D. MARCO ANTONIO TEJEIRO LOSADA, D. MIGUEL TEJEIRO LOSADA, D. JORGE VELA BARGUÉS, Dña. ELISA MALDONADO GARRIDO, D. JOSÉ MANUEL AGUILAR COLÁS, D. LUÍS LOBÓN MARTÍN, Dña. MERCEDES COGHEN ALBERDINGK-THIJM, Dña. ANA MARÍA TEJEIRO LOSADA, D. ALFONSO GRAU ALONSO, D. SALVADOR TRINXET LLORCA, Dña. CRISTINA FEDERICA DE BORBÓN Y GRECIA, fallada posteriormente por la

Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Primera); se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos antecedentes y hechos probados de la sentencia de instancia con las siguientes precisiones:

a) Aclarar en los hechos probados que los gastos por pagos a la entidad Lobby Comunicación son imputables exclusivamente a Diego Torres por haberse efectuado en fechas en que Ignacio Urdangarín se había desvinculado de la entidad Noos. De ahí se deriva que el importe de la cuota impagada a la Hacienda por Diego Torres, correspondiente al ejercicio de 2007, asciende a 258.415,95 euros; y el de las cuotas impagadas por Ignacio Urdangarín a 174.575,07 euros (2007) y 152.350,69 euros (2008). Han de entenderse sustituidas por esas cifras las consignadas en los hechos probados.

b) Añadir que no consta que los movimientos y extracciones bancarias realizados por indicación de Diego Torres en bancos extranacionales descritos en el apartado 5º de los hechos probados se correspondiesen con la cantidad defraudada a la Hacienda Pública en el ejercicio de 2007, pudiendo radicar su origen en otra rentas o ejercicios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo razonado en la sentencia de casación los hechos relatados achacables a los acusados Ignacio Urdangarín y Diego Torres y referidos a la decisión de 16 de febrero de 2004 adoptada por Juan Carlos Alía Pino, como gerente del Instituto Balear de Turismo (IBATUR), y al contrato formalizado el 20 de enero de 2004 entre la Fundación Illesport y la Mercantil Sofres Audiencia de Medios, S.A. no suponen una participación penalmente típica en el delito de falsedad perpetrado por funcionario público.

Ello supone expulsar de la condena impuesta a ambos (concurso medial triple) tal delito por el que deben ser absueltos.

Tales hechos en relación a estos dos condenados son de esa forma calificables como constitutivos de un delito continuado de prevaricación de los arts. 404 y 74 CP en concurso medial (art. 77.3 CP) con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP (todos en la redacción anterior a la reforma de 2010 CP) de los que responden en calidad de cooperadores necesarios (art. 65.3 CP).

SEGUNDO. - Las conductas recogidas en el apartado quinto de los hechos probados de la sentencia de instancia, matizadas en la forma que se deriva de la modificación introducida, no integran el delito de blanqueo de capitales por el que venía siendo acusado Diego Torres. Se dan por reproducidos aquí los argumentos que sobre tal punto se han desarrollado en la anterior sentencia de casación.

TERCERO. - No describen los hechos probados una conducta imputable a Diego Torres que por sí misma pueda entenderse incardinable ni como coautor, ni como inductor, ni como cooperador en el delito de tráfico de influencias. Debe ser absuelto de tal acusación.

CUARTO. - Dada la absolución por el delito de falsedad es necesario reindividualizar la pena resultante del concurso medial. Ya no es la falsedad el delito más grave que servirá de referente para fijar la pena única (art. 77.3 CP tanto con la redacción anterior a la reforma de 2015 como con la posterior). Lo es el delito de malversación de caudales públicos. Su pena en

abstracto se movía entre tres y seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

La falsedad era más grave no por la duración de la pena privativa de libertad sino por la adición de una multa como pena conjunta.

El art. 65.3 CP, cuya aplicación ha considerado procedente la Audiencia, nos lleva a disminuir la pena en un grado, lo que arroja como resultado una horquilla que se moverá en cuanto a la pena privativa de libertad entre un año y seis meses; y tres años menos un día; y en cuanto a la pena privativa de derechos entre tres años y seis años menos un día.

Asumimos los criterios ponderativos expuestos con detalle en la sentencia de instancia (fundamento de derecho octavo) para, resaltando la gravedad de los hechos, buscar dentro de esas horquillas unos tramos elevados, por encima desde luego de los mínimos.

Se argumenta así en tal fundamento.

En el presente caso, la gravedad de los hechos, más allá de la derivada de los bienes jurídicos protegidos y de las consecuencias de la lesión de los mismos, se expresa en las concretas circunstancias concurrentes. De una parte, la Autoridad y los funcionarios públicos implicados, con su reiterado proceder, subvirtieron la legalidad vigente, cuya observancia trataron de simular, revistiendo las decisiones unilateralmente adoptadas, de una apariencia de legalidad y, para ello, generaron una base documental que no respondía a la realidad, al tiempo que decidieron satisfacer un servicio conscientes de que no había sido prestado, con el consiguiente perjuicio para las arcas públicas, convirtiéndose en vulneradores de la legalidad quienes, como representantes públicos, debieran ser los principales garantes de su cumplimiento, con el consiguiente quebranto que tal proceder provoca en la confianza que la ciudadanía deposita en sus instituciones. De otra, los particulares y, respecto de éstos, especial reproche merece la conducta de quien, lejos de conducirse con arreglo a las exigencias dimanantes de su posicionamiento institucional, abusa de su privilegiada condición y, prevaliéndose de ella, la utiliza para mover la voluntad de los representantes públicos, en beneficio propio y, aunque con ello subvierta reiteradamente la legalidad, revelando con tal proceder un absoluto desprecio por los principios y valores que nutren nuestro ordenamiento jurídico, al que no sirvió-como cabía esperar de quien en aquellas fechas se hallaba integrado en la Familia Real-, sino del que se sirvió en provecho propio y, en el de su entonces socio quien, consciente de la ascendencia y de los contactos que, al

más alto nivel, le procuraba tal alianza, no dudó en hacer uso de ella, beneficiándose junto con aquél -aun cuando para ello, tuviera que despreciar reiteradamente la legalidad vigente-, del lucro derivado de su ilícito proceder hasta sus últimas consecuencias, en tanto no sólo sustrajeron a la correspondiente tributación los recursos obtenidos sino que, en el caso, del Sr. Torres, incluso, los ocultó y transformó, incorporándolos al tráfico jurídico bajo una aparente legalidad, desvinculándolos de ese modo de la sujeción al control público estatal.

Este criterio, asumido, minimiza el debate sobre si podemos proyectar sobre hechos calificados conforme a la legislación anterior la nueva regla dosimétrica del art. 77.3 CP, sin perjuicio de reconocer, de lo que se hace eco la Audiencia de Palma de Mallorca, la opinión favorable de la jurisprudencia a esa aplicación retroactiva parcial a la vista de la posibilidad de desvincular esa concreta reforma de parte general y las realizadas en la parte especial. De cualquier forma, en virtud de los indicados factores individualizadores que tomamos en consideración podrá comprobarse que las penalidades concretas son congruentes también desde la perspectiva del anterior art. 77.3 CP (pena del delito más grave en su mitad superior).

En lo que respecta a **Ignacio Urdangarín** concurre la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP. Por tanto, la pena no puede rebasar la mitad inferior, lo que supone moverse entre un año y seis meses; y dos años y tres meses de prisión. En cuanto a la inhabilitación, entre tres años; y cuatro años y seis meses de inhabilitación. Optamos por el máximo de la pena privativa de libertad **–DOS AÑOS Y TRES MESES-** y por el mínimo de la pena conjunta **TRES AÑOS** de **inhabilitación absoluta**.

Puede apostillarse para cerrar el razonamiento individualizador que la punición por separado del delito de prevaricación no nos hubiese llevado a rebajar la duración de las penas que consideramos ponderada en relación a la malversación.

Diego Torres no es merecedor de atenuante ni agravante alguna. La pena privativa de libertad se fijará en **TRES AÑOS MENOS UN DÍA** (art. 70.1.2ª CP) y la de **inhabilitación absoluta** en **CUATRO AÑOS.**

QUINTO. - De acuerdo igualmente con lo explicado en la sentencia anterior en orden a la estimación del recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado las cantidades fijadas como **indemnización** en favor de la Hacienda Pública por virtud de los delitos de defraudación tributaria han de ser corregidas en la forma que plasma en la Parte Dispositiva de esta resolución en concordancia con el razonamiento del fundamento de derecho décimo sexto de la precedente sentencia. Procede en consonancia con ello reducir el importe de la multa impuesta por tal delito a Diego Torres para adecuarla a la proporción por la que optó la Audiencia Provincial.

SEXTO. - No es dable establecer una responsabilidad basada en el art. 122 CP (participación a título lucrativo) en relación a delitos de defraudación tributaria en su modalidad de elusión del pago de impuestos como se ha argumentado al dar acogida a uno de los motivos de casación. En virtud de ello se impone la supresión de las responsabilidades civiles que por tal concepto y en relación a tal delito se declararon en la sentencia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Absolvemos a **IGNACIO URDANGARÍN LIEBAERT** y **DIEGO TORRES PÉREZ** del **delito continuado de falsedad en documento público** del art. 390.1. 2º y 4º por el que venían siendo acusados.

2.- CONDENAMOS A IGNACIO URDANGARÍN LIEBAERT como autor responsable de un **delito continuado de prevaricación** previsto en el art. 404 del Código Penal en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal a los que resulta de aplicación la regla de determinación de la pena prevista en el art. 65.3 del Código Penal y la circunstancia atenuante simple de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a las penas de **DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA**

POR TRES AÑOS (pronunciamiento que sustituye al contenido en la sentencia de instancia relativo a estos delitos).

3.- CONDENAMOS A DIEGO TORRES PÉREZ como autor responsable de un **delito continuado de prevaricación** previsto en el art. 404 del Código Penal en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal a los que resulta de aplicación la regla de determinación de la pena prevista en el art. 65.3 del Código Penal y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **TRES AÑOS MENOS UN DÍA DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR CUATRO AÑOS** (pronunciamiento que sustituye al contenido en la sentencia de instancia relativo a estos delitos).

4.- Absolvemos a **DIEGO TORRES PÉREZ** del **delito de tráfico de influencias** por el que venía siendo acusado.

5.- Absolvemos a **DIEGO TORRES PÉREZ** del **delito de blanqueo de capitales** por el que venía siendo acusado.

6.- Se sustituye la multa impuesta a Diego Torres Pérez por el delito de **defraudación tributaria** por la cuantía de **775.247,85 euros** (setecientos setenta y cinco mil doscientos cuarenta y siete euros con ochenta y cinco céntimos de euros) con la misma responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (un año).

7.- Se deja sin efecto la responsabilidad como partícipes a título lucrativo de **Ana María Tejeiro Losada y Cristina Federica de Borbón y Grecia,** exclusivamente en lo que respecta a las cantidades establecidas como indemnización por los delitos contra la Hacienda pública que **deberán ser satisfechas en exclusiva por los condenados penalmente.**

8.- Se sustituyen las cantidades con que deberá indemnizar Ignacio Urdangarín Liebaert a la Hacienda Pública por las de **174.575,07 euros** (ciento setenta y cuatro mil quinientos setenta y cinco euros con siete

céntimos de euros) y **152.350,69 euros** (ciento cincuenta y dos mil trescientos cincuenta euros con sesenta y nueve céntimos de euros).

9.- Se sustituye la cantidad en la que deberá **indemnizar Diego Torres Pérez a la Hacienda pública** por la de **258.415,95 euros** (doscientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos quince euros y noventa y cinco céntimos de euros).

10- Deberá reducirse proporcionalmente el porcentaje de la condena en costas correspondiente a **Ignacio Urdangarín Liebaert** y **Diego Torres Pérez:** fijándose en 6/103 y 4/103 partes respectivamente.

11.- En el **resto se mantienen todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia** en cuanto no esté en contradichos por ésta y en particular las demás condenas y absoluciones no afectadas; las penas de multa impuestas a Ignacio Urdangarín por el delito de defraudación tributaria (sin perjuicio de suprimir en cuanto a la multa la referencia al duplo) con su respectiva responsabilidad penal subsidiaria; lo relativo a los intereses de demora; así como las declaraciones y cuantías de responsabilidad civil de terceros (Ana María Tejeiro Losada y Cristina Federica de Borbón y Grecia) del art. 122 CP en relación al delito de malversación de caudales públicos y fraude a la administración.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García