



Roj: AAP IB 12/2014 - ECLI:ES:APIB:2014:12A  
Id Cendoj: 07040370022014200006

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Palma de Mallorca

Sección: 2

Nº de Recurso: 491/2014

Nº de Resolución: 627/2014

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO

Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEGUNDA

PALMA DE MALLORCA

APELACIÓN PENAL ROLLO 491/14

AUTOS DPA 2677/08 (Pieza 25)

Juzgado de Instrucción número 3 de Palma

**AUTO NÚM.627/2014**

Ilmos. Sres. : Presidente

Diego Jesús Gómez Reino Delgado

Magistrados

Juan Jiménez Vidal

Mónica de la Serna de Pedro

En Palma de Mallorca a 7 de noviembre de 2014

### **I.-ANTECEDENTES PROCESALES.-**

*PRIMERO.-* Por las acusaciones populares ejercidas por el sindicato Manos Limpias y el Grupo Socialista del Ayuntamiento de Valencia se recurre en apelación directa el auto de fecha 25 de junio de 2014 dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Palma, impugnando ambas representaciones el sobreseimiento acordado respecto del Vicealcalde de Valencia y presidente del patronato de la Fundación Turismo Valencia Convention Bureau (FTVCV) Don Oscar .

Por su parte, Manos Limpias en solitario demanda el mantenimiento de la imputación respecto de Lucas , a quien considera mano derecha del Sr. Alfonso , tanto en Noos como en AIZOON, así como participe en la utilización de las sociedades instrumentales De Goes Center Ford Stakelholder S.L. - la española -; De Don Roberto , por su participación en la Junta Directiva del Instituto Noos como tesorero y a su vez Secretario de Eva . De Urbano , como autor intelectual del entramado de sociedades extranjeras para lograr que los fondos malversados remansasen en cuentas en Andorra, Luxemburgo y Suiza. Y de Rodrigo - Director General del Ayuntamiento de Madrid - que firmó el contrato entre la Fundación Madrid 16 y la Fundación Deporte Cultura e Integración Social (FDCIS); y Don Ricardo en calidad de Director financiero de la Sociedad Madrid 16 SAU (sociedad anónima unipersonal), ya que fue él la persona que ordenó el pago de los donativos a favor de FDCIS.

Ambos recursos han sido impugnados por las defensas de los apelados a quienes afecta el sobreseimiento, así como por el Ministerio Fiscal.

*SEGUNDO.-* Por las defensas de los imputados Sres. Alfonso , de su esposa Eva , del matrimonio formado por Balbino y Laura y sociedades a ellos vinculadas, de los Sres. Braulio y Victoriano , de Blas , de Manuel , Sr. Clemente , Sr. Amador y de la Sras. Socorro y Esmeralda , se ha recurrido la decisión de continuar en su contra las actuaciones por los trámites del proceso abreviado. Algunos de ellos han recurrido

previamente en recurso de reforma: representación del matrimonio Balbino - Laura y sociedades a ellos vinculadas y Blas - También recurrió el Sr. Apolonio , pero finalmente no ha impugnado en apelación el auto resolutorio de la reforma -. Estos recursos han sido impugnados por el Sindicato Manos Limpias, que en su escrito de apelación además de solicitar que se dejase sin efecto el sobreseimiento respecto de los imputados antes indicado, postuló el mantenimiento de otras imputaciones y su ampliación respecto Don. Alfonso , así como del matrimonio firmado por el Sr. Balbino y su mujer Laura , por un delito de blanqueo de capitales.

El sindicato Manos Limpias se opuso expresamente a los recursos de apelación promovidos por los imputados recurrentes con dedicación especial y en escrito aparte al formulado por la defensa de Eva y por el Ministerio Fiscal y por Don Alfonso , adhiriéndose a la apelación de los Concejales del Grupo Socialista del Ayuntamiento de Valencia.

Los concejales de Partido Socialista del Ayuntamiento de Valencia también y previamente a la apelación formularon recurso de reforma respecto del sobreseimiento del Vicealcalde del Ayuntamiento de Valencia Oscar .

*TERCERO.-* El Ministerio Fiscal formuló recurso de apelación en contra del mantenimiento de la imputación de Eva por los delitos de cooperación al fraude fiscal y de blanqueo de capitales, así como de Doña Laura por cooperación en el fraude fiscal que se atribuye cometido a su marido Balbino . En escrito de alegaciones impugnó los restantes recursos de apelación, solicitando la confirmación del archivo de las actuaciones respecto de los imputados favorecidos por la decisión sobreseyente.

*CUARTO.-* Por su parte, La Letrada del Estado en representación de la Agencia Tributaria, presentó escrito en el que manifestaba su intención de no formular acusación por delito fiscal contra Eva y contra la Sra. Laura , con base a las conclusiones del informe avance 4 elaborado por los Inspectores de Tributos autores del citado informe, de manera que consideraba que lo procedente era sobreseer la causa contra las mismas por tales ilícitos.

*QUINTO.-* Sustanciado los recursos de referencia, el Juez instructor dispuso estar a la espera de resolver los previos recursos de reforma para remitir las apelaciones directas de manera conjunta y en una sola pieza. La remisión de las actuaciones se produjo en fecha 9 de septiembre pasado y se verificó mediante un disco duro externo que incluía la totalidad de la causa - por cierto sin disponer la elaboración de índice o guión que permitiera conocer y analizar el contenido de los archivos, extremo agravado porque en algunos casos las partes han aludido genéricamente, sin citar el folio concreto, a la ingente documentación y declaraciones de testigos e imputados que conforma el contenido de los archivos que incorporaba el disco duro -.

*SEXTO.-* Una vez recibidas las actuaciones, si bien no se dejó constancia en la causa, lo que se hace ahora, se solicitó la comparecencia de un experto informático con el objeto de proceder a la apertura del disco duro externo remitido por el juzgado, para verificar que el mismo se podía efectivamente abrir y examinar cómo estaba organizado su contenido - insistimos, sin guión ni índice alguno que facilitase la localización de los particulares necesarios para su posterior estudio (cabe recordar que la Ley es clara respecto a que para la resolución de los recursos se remitirán solo los particulares necesarios y no la totalidad de la causa, sin perjuicio de que la Sala pudiera reclamarla)-. Una vez hecho esto el disco duro fue volcado en el ordenador que en la Sección Segunda de esta Audiencia se halla a disposición de la Secretaria judicial. A partir de ahí, se solicitó la adquisición a la Gerencia del Ministerio de Justicia de un disco externo a fin de posibilitar que el ponente y Magistrados de la Sala pudieran manejar las actuaciones y empezar al estudio de las mismas, tanto en las dependencias judiciales como en sus domicilios, y de su ingente contenido.

*SÉPTIMO.-* Mientras se estaba a la espera de que por la Gerencia se adquiriese el citado disco duro - para lo cual fueron necesarios varios días a fin de que la solicitud fuera aprobada y el disco se remitiera desde la capital del estado -, por parte del Presidente de esta Sala se dispuso de inmediato, el día 10 de septiembre, poner en conocimiento del Ilmo. Presidente de esta Audiencia la conveniencia de que para la resolución de los plurales recursos y habida cuenta de la complejidad que suponía la remisión de las actuaciones en la forma dicha (en su totalidad y sin purgar el Juez Instructor solo aquello que en verdad fuera relevante, restringiendo la socorrida fórmula de solicitar la remisión de todas las actuaciones, con el agravante de que ello se verificó sin guión ni relación alguna), se procediera al nombramiento de un único ponente, lo que así se verificó previa reunión de toda los integrantes de esta Sección, recayendo dicho nombramiento en virtud de acuerdo gubernativo del Ilmo. Presidente de esta Audiencia Don Carlos Gómez Martínez, en la persona del Magistrado Diego Jesús Gómez Reino Delgado, Presidente de esta Sección.

*OCTAVO.-* Notificado el anterior nombramiento por Diligencia de ordenación del mismo día 10 de septiembre, en la que se disponía estar a la espera de examinar los recursos para fijar día para la deliberación

y fallo, en su caso, previa celebración de una o de varias vistas, si es que se considerase preciso acudir a eso para una mejor y más fundada formación de la convicción del tribunal llamado a conocer de los recursos, la acusación popular Sindicatos Manos Limpias escrito de 16 de septiembre procedió a formular recurso de reforma contra la indicada diligencia de nombramiento de ponente único, en solicitud de que los recursos interpuestos (con la dificultad que entrañaba el hecho mismo de que la causa fuera remitida en disco duro y digitalizada) se repartieran entre todos los Magistrados de la Sala siguiendo el criterio habitual de trabajo, recurso que, con la oposición del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, fue rechazado por decreto de la Secretaria Judicial de 23 de septiembre, con base en que el acuerdo gubernativo del Presidente de esta Audiencia antes comentado, era el que determinaba el ponente elegido, en la medida en que tal elección surgía de una reorganización de la distribución del trabajo interno del Tribunal y no de las normas de reparto, ya que todos los recursos provenientes del Juzgado de Instrucción número 3 de esta ciudad, por estar así establecido por normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del TSJB, son competencia de esta Sección Segunda, por tener asignado el conocimiento de los recursos sustanciados por los Juzgados de Instrucción de Palma con número impar, mientras que los pares corresponden a la Sección Primera.

*NOVENO.*- Desestimada la petición de la distribución de los recursos por Magistrados en lugar de su asignación a uno solo, como criterio más racional, favorecedor de la economía procesal y de una mejor y más ordenada distribución del trabajo ordinario de la Sala, ya que la elección de un solo ponente posibilitaba que éste concentrase su trabajo en la resolución de los varios recursos, quedando relevado de otras funciones que serían asumidas por un suplente, por la representación del Sindicato Manos Limpias y una vez se acordó por Providencia de 23 de septiembre fecha para la deliberación y fallo de los catorce recursos: el día 23 de octubre y se indicó cuales serían los componentes de la Sala que los resolvería: junto con el ponente, los Magistrados Sr. Jiménez y Sra. De la Serna, se presentó escrito promoviendo la recusación del Magistrado ponente y de la Magistrada Sra. de la Serna.

*DÉCIMO.*- Formulada la recusación se ordenó tramitar la misma, dando traslado del escrito de recusación a las demás partes a fin de que alegasen lo que estimasen oportuno respecto a la causa en que se sustentaba la presunta parcialidad invocada o por si consideraban que concurría otra distinta. El Ministerio Fiscal, la defensa de Urbano, así como la Abogacía del Estado se opusieron a la recusación, sin que el resto de partes hiciera alegación alguna.

*UNDÉCIMO.*- Verificado el tramite anterior, los Magistrados recusados evacuaron informe de fecha 2 de octubre, oponiéndose a la recusación planteada, del cual se dio traslado al Magistrado instructor y posteriormente al TSJB, por ser el órgano competente para resolver la recusación promovida al afectar a más de un Magistrado.

*DUODÉCIMO.*- El incidente de recusación resultó finalmente rechazado en fecha 31 de octubre, lo que se participó a esta Sala, recobrando el Magistrado ponente y la otra componente del Tribunal su cometido, a los efectos, el primero, de proponer la resolución a considerar (ya en estudio tras deliberaciones previas y prácticamente culminadas antes de que como consecuencia del incidente de recusación aquellas se suspendieran - no se puede olvidar que la sustanciación de recursos previos posibilitó a esta Sala tener un conocimiento, sino profundo, sí bastante amplio de la causa) y, su compañera y el Magistrado Don. Jiménez, de deliberar y debatir sobre la misma y, luego, a someter dicha propuesta o sus modificaciones introducidas como consecuencia de los debates a votación.

*DÉCIMOTERCERO.*- Finalmente y dado que la resolución de la recusación se produjo con posterioridad a la fecha señalada para la deliberación, votación y fallo de los recursos, prevista para el día 23 de octubre, por Providencia del día 3 de noviembre se señaló nueva fecha para la deliberación coincidiendo esta con la de esta resolución, la cual es el resultado de aquella, alcanzada en plurales encuentros de los componentes de este tribunal.

## **II.-FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-**

*PRIMERO.*- Constituye el objeto de la presente resolución los varios recursos - en total catorce - interpuestos por partes acusadoras y las defensas de algunos de los imputados contra el auto de fecha 25 de junio de 2014, en virtud del cual el Juez de Instrucción número 3 de Palma, en la denominada pieza separada 25 del caso matriz conocido como Palma Arena - pieza nombrada como caso o causa Noos -, ordena la continuación de las presentes actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado contra determinados imputados, dando traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado como perjudicada por los presuntos delitos fiscales cometidos por los matrimonios Balbino - Laura y Alfonso - Eva y a las

acusaciones populares para en su caso formular en escrito de acusación o el sobreseimiento que corresponda y disponiendo el sobreseimiento respecto de otros tantos imputados.

Las partes acusadoras populares personadas, Sindicato Manos Limpias y Concejales Socialistas del Ayuntamiento de Valencia, pretenden que se revoque el auto de transformación a fin de que se incluya en el mismo a determinados imputados.

Las defensas de los imputados contra los que se ha ordenado proseguir el procedimiento con excepción hecha de algunos de ellos: Don Estanislao (a la sazón Director General de Deportes del Govern Balear y Presidente de la Comisión Ejecutiva de la Fundación Illesport), Don Apolonio (Gerente de la Fundación Illesport), Don Edmundo (Gerente del Instituto Balear de Esport e integrado en el Patronato de la Fundación Illesport) y Don Aurelio (Jefe del departamento jurídico de Ibatour - Instituto Balear de Turismo), apelan el auto demandando el sobreseimiento respecto de sus defendidos.

El Ministerio Fiscal ha postulado la confirmación del auto apelado, con excepción hecha de solicitar el sobreseimiento libre respecto de Eva por entender que no ha podido cometer los delitos contra la hacienda pública y de blanqueo de capitales que le atribuye sumariamente el Juez Instructor; y el sobreseimiento parcial respecto de Doña Laura, al considerar que no existen indicios de que hubiera podido cometer un delito contra la hacienda pública en el impuesto de la renta de su marido del ejercicio del año 2007.

Las defensas de los imputados respecto de los que el auto apelado ha dispuesto el sobreseimiento de la causa han impugnado los recursos interpuestos por las Acusaciones populares solicitando el mantenimiento de la imputación y pase de la causa a la fase intermedia dirigida a solicitar la apertura de juicio oral.

Para una mejor comprensión, estudio y resolución de los distintos recursos hemos decidido seguir el siguiente esquema:

- Sucinta referencia episódica a la resolución objeto de recurso y trascendencia penal de los hechos relatados.

- Consideraciones sobre el alcance y finalidad del auto transformador ordenando la continuación de las actuaciones por los trámites del proceso abreviado.

- Legislación aplicable a tener en cuenta a la hora de la resolución de los recursos y breve referencia a los contratos de colaboración.

- Estudio de los contratos de colaboración sometidos a controversia.

- Examen de cada uno de los catorce recursos sometidos a revisión en esta alzada y respuesta dada por esta Sala en cada caso.

- Consideraciones finales.

*SEGUNDO.- Sucinta referencia a los hechos justiciables que contiene el autorecurrido y su calificación jurídica.*

Según se desprende, en esencia y sistematizando, de los hechos que el Instructor narra en el auto apelado y que estima presuntamente probados a partir de la ingente cantidad de diligencias de investigación practicadas; los imputados Don Alfonso y Don Balbino, el primero yerno del entonces Norberto - hoy cuñado de su Marcelino por abdicación del padre - con el objeto de aprovecharse de la influencia que representaba que en la Asociación Instituto Noos figurasen en su órgano de dirección como Presidente el Sr. Alfonso, su esposa e hija del Rey Eva como vocal y su secretario particular como tesorero Don Roberto, lo cual era publicitado a través de un folleto en el que además de aparecer el yerno del Rey Don Alfonso como Presidente del Instituto y su mujer como vocal, el Sr. Roberto figuraba como Secretario de la Casa del Rey (extremo que no era cierto, ya que únicamente era Secretario personal de Eva); planearon, sin el concurso de Eva y del Sr. Roberto, que actuaban como meras figuras decorativas, utilizar la citada Asociación para principalmente contratar con administraciones públicas, todo ello con la finalidad de obtener lucro ilícito.

La utilización de dicha entidad Asociación Instituto Noos, que formalmente se anunciaba como asociación sin ánimo de lucro, y con base y sustento en la influencia que representaba publicitar que la misma estaba integrada en su órgano de dirección por miembros de la Familia Real, dando así externamente la impresión de que, por consiguiente, gozaba de su respaldo implícito, habría facilitado que el Instituto Noos durante los años 2004 a 2006 hubiera obtenido contratos con entidades públicas instrumentales, viéndose favorecida la entidad Instituto Noos porque se habrían eludido intencionadamente las normas de contratación administrativa que rigen tales contratos al intervenir en ellos entidades públicas que, no obstante regirse por

el Derecho privado, les resultaba de aplicación la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público; y en concreto se habría orillado la observancia en tales contrataciones del cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad, no discriminación y concurrencia competitiva.

Los responsables de las entidades contratantes (fundaciones de interés público y sociedades mercantiles públicas), actuando con el visto bueno de las administraciones a las que las citadas entidades públicas sujetas al Derecho privado se hallaban vinculadas funcional y económicamente - Generalitat Valenciana, Ayuntamiento de Valencia, Govern Balear y Ayuntamiento de Madrid - con el deseo de agradar a la Familia Real y afectados en sus decisiones por la influencia ejercida por Don Alfonso a través del Instituto Noos, al formar parte de su órgano de dirección su mujer Eva y su secretario personal como tesorero, aunque a éste se le atribuía el título de Secretario de la Casa del Rey; y presentado en el mismo como una entidad sin ánimo de lucro - cuando ello no era verdad - habrían aceptado llevar a cabo la contratación propuesta por el Instituto Noos, utilizando para ello entidades públicas instrumentales - fundaciones y sociedades anónimas públicas -, lo que le habría permitido eludir el procedimiento de contratación pública y al mismo tiempo evitar la fiscalización previa del gasto. Todo ello, según el Juez Instructor, con el objeto y finalidad espuria de plegarse a la influencia desplegada por el Sr. Alfonso y planeada por éste y por Balbino, ya que si bien el primero era el que se encarga del aspecto comercial y era la imagen del Instituto frente a las administraciones con las que negociaba y a las que ofrecía la realización de determinados eventos (esto es, quien proponía la idea - que por tanto no provenía de la administración -); el segundo era el que se encargaba de la organización y funcionamiento del Instituto Noos.

La influencia ejercida a la hora de verificar la contratación habría sido tal, junto con el deseo de las administraciones implicadas por acceder a los proyectos propuestos por los Sres. Alfonso y Balbino y por congratularse con la familia Real, que aparentaba estar detrás del Instituto Noos e interesada, en consecuencia, en la viabilidad de la contratación y de los proyectos o eventos que constituían su objeto, que ni siquiera el precio de los contratos consistentes en la organización de eventos o en proyectos para tal fin vinieron establecidos con cargo a estudios previos y serios que fijasen esos precios con arreglo a criterios de mercado, todo lo cual habría permitido que el Instituto Noos - o Noos Consultoría - o la Fundación Deporte Cultura e Integración Social, como integrante del grupo y creada por Alfonso a través de un testamento para lavar la mala imagen que se empezaba a predicar en algunos foros del Instituto Noos, nacida a partir de una intervención que tuvo lugar en el Parlamento Balear a cargo de un representante del Partido Socialista de Baleares, estableciera para la realización de los eventos contratados un precio muy superior al coste real que suponía su ejecución, lo cual habría permitido, con la colaboración de las entidades públicas intervinientes, siquiera por omisión, obtener beneficios ilícitos derivados del sobrecoste de los eventos y por tanto consumir el apoderamiento de fondos públicos.

Siguiendo resumidamente con el relato fáctico propuesto por el Instructor - aunque buscando darle una narración episódica más accesible - Don. Alfonso y Balbino, no solo habrían ideado aprovecharse de que el Instituto Noos se promocionaba como entidad sin ánimo de lucro y que en sus órganos de dirección figuraban miembros de la familia Real, que los citados utilizaba como meras figuras decorativas, ya que no participaban de sus intenciones de lucro ilícito, ni conocían sus propósitos defraudatorios del dinero público, sino que auxiliadas por otras personas se sirvieron de un entramado de sociedades: unas propiedad al 50% por Balbino y su esposa Laura, como son: VirtualStrategies S.L., IntuitStrategyInnovationLab, S.L., Shiriaimasu S.L., Noos Consultoría Estratégica S.L (esta a partir de julio de 2007), la cual en algunos casos actuaba como administradora y, otra, AIZOON S.L., propiedad al 50% de Alfonso y de su esposa Eva; todas ellas carentes de estructura empresarial y con mera apariencia jurídico-formal, para emitir facturas falsas - o al menos la mayor parte - al Instituto Noos, siendo que en realidad todo este conglomerado o entramado de empresas satélites y el Instituto Noos funcionaban y era en la realidad una y la misma entidad, controlada y dirigida por sus Jefes y socios al 50% los Sres. Alfonso y Balbino.

Todas estas entidades, que en un momento dado llegaron a ocupar físicamente un mismo local diáfano, en realidad, en opinión del Juez a quo, eran utilizadas en cada momento como simple instrumento formal, sin que fuera perceptible su propia individualización, ni resultaba fácil distinguir, ni siquiera para sus propios empleados, las actividades desarrolladas por cada una, creyendo todos ellos que prestaban servicios únicamente para NOOS, percibido éste como un grupo o marca.

Esta forma de proceder permitía dos cosas: la primera, vaciar el Instituto Noos de los fondos públicos obtenidos de las contrataciones formalizadas durante los años 2004 a 2006 por la realización de los eventos Valencia Summit, Illes Balears Fórum, preparación de la candidatura de los primeros Juegos Europeos, convenio de colaboración con la Fundación Madrid 16 - porque aunque éste se suscribió con la Fundación

Deporte Cultura e Integración Social, fue creada por Alfonso y Balbino como otra entidad vinculada al grupo NOOS, y su repartimiento entre los socios Sres. Alfonso y Balbino, ya que el Instituto Noos al ser jurídicamente una entidad sin ánimo de lucro no podía y tenía prohibido repartirse beneficios y, por otro lado, aumentar y simular que los gastos del Instituto Noos habían sido superiores a los costes reales, ocultando de este modo el sobreprecio facturado por la organización de los eventos.

Del mismo modo la utilización de estas sociedades interpuestas - tanto las del matrimonio formado por Balbino y Laura, como Alfonso a través de AIZOON S.L., coparticipada por su esposa Eva al 50% -, habría posibilitado que en el impuesto de sociedades de estas empresas se obtuvieran ilícitas ventajas fiscales por facturas giradas entre ellas que no tenían contenido real, así como por la aplicación como desgravación en el impuesto de sociedades de gastos que no habían sido generados en el ejercicio de la actividad - ya que estas empresas carecían de estructura empresarial - y porque a través de la contratación ficticia de trabajadores se beneficiaban de la aplicación de la libertad de amortización.

Toda esta forma de proceder se habría mantenido inalterable durante los ejercicios de las anualidades de 2004 y 2005, hasta que formalmente en marzo de 2006, por presiones de la Casa Real, como consecuencia de las quejas habidas en el seno del Parlament Balear por el sobrecoste de los eventos Illes Balear Fórum, el Sr. Alfonso, su esposa y el Secretario de Eva Don Roberto causaron baja en el Instituto Noos, pasando a asumir su presidencia el imputado y socio de Alfonso Balbino.

Pese a ese abandono formal el Sr. Alfonso habría seguido vinculado a los proyectos del Instituto Noos y constituido en diciembre de 2006 a través de un testaferro, amigo y vecino suyo (Don Saturnino, quien habría dotado a la misma de fondos por importe de 30.000 euros, que luego le fueron devueltos con ocasión de la disolución, cesión de activos y pasivos que en su favor hizo la Fundación Areté, constituida en mayo de 2006, por Balbino e Alfonso con una aportación o dotación de 15.000 euros, cada uno) la Fundación Deporte Cultura e Integración Social (FDCIS), la cual habría sido creada por los Sres. Alfonso y Balbino con la intención de traspasar a esta las actividades del Instituto Noos con entidades públicas por razones de imagen, debido a las quejas que había suscitado en sede del Parlamento de las Illes Balears y en una revista precisamente la contratación del evento Illes Balears Forum dado su elevado coste y porque la Casa Real había solicitado al Sr. Alfonso que diera por terminadas sus actividades en la Asociación Instituto Noos.

Con todo y como consecuencia de las advertencias que a Alfonso le había manifestado la Casa Real, por mediación del Conde DIRECCION001, Don Onesimo, a partir del 2006 los Sres. Alfonso y Balbino deciden repartirse los clientes del grupo o marca NOOS, quedándose Alfonso con clientes particulares y Balbino con clientes públicos y privados.

Explica asimismo el auto recurrido que en un momento dado los Sres. Balbino y Alfonso a principios del año 2006 acordaron, ideado por el primero, la constitución de una estructura societaria fiduciaria en el extranjero, lo que posibilitaría la emisión de facturas de estas empresas filiales al Instituto Noos u a otras del grupo. Esta estrategia financiera, puesta en marcha con intermediación del asesor fiscal y experto en la materia Don Urbano, auxiliado por los hermanos Victoriano y Braulio, cuñados de Balbino, posibilitaría no solo utilizar las empresas fiduciarias: una en España DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT S.L., participada, menos en una participación que pertenecía al Sr. Lucas, por otra Inglesa (DE GOES CENTER FOR STAKEHOLDER MANAGEMENT LTD) y esta a su vez controlada por otra en Belice (BLOSSOMHILL ASSETS INIC, administrada por CORPORATE DIRECTORS SERVICES LTD, con un administrador: Don Arcadio, que a su vez era un hombre de paja o testaferro, sino que además permitía que parte de los fondos públicos malversados remansasen en Luxemburgo, localidad en la que la empresa de Belice era titular de cuentas corrientes y que el Sr. Balbino manejaba como persona con firma en dichas cuentas y a su vez apoderado por el testaferro Arcadio.

Las investigaciones y comisiones rogatorias libradas a Andorra, Luxemburgo y Suiza habrían permitido conocer que Balbino y su mujer tenían cuentas abiertas en bancos de esos países, habiendo realizado transferencias entre distintas cuentas, resultando que en la cuenta del Banco Credit Suisse número NUM021, intitulada a nombre del matrimonio, después de haber transferido anteriormente fondos del Banca privada de Andorra al Banco Credit Agrícola de Luxemburgo, en fecha 17 de julio, justamente poco después de haber sido citado a declarar como imputado el Sr. Balbino, habrían depositado en el citado Banco Suizo la cantidad de 961.666 euros, suma que provendría presuntamente de los ilícitos beneficios obtenidos por la malversación de fondos públicos y fraude a la Hacienda pública, así como del blanqueo de dinero, pero que el Juez considera impune al no estar tipificado en el Código Penal en la fecha de los hechos la figura del auto-blanqueo, cuya comisión, por tanto y por dicho motivo, no atribuye al matrimonio Balbino - Laura, ni tampoco al Sr. Alfonso.

En el auto apelado el Juez a quo, sin perjuicio de afirmar que las contrataciones públicas fueron delictivas y que por tanto la responsabilidad civil se contrae a la nulidad de los contratos con obligación de restituir los fondos públicos recibidos, con base en los informes de la Agencia Tributaria que analizaron las facturaciones del Instituto Noos y de esta con empresas del grupo y de estas entre sí, llega a la conclusión de que el importe del dinero público recibido y no justificado como consecuencia de los distintos eventos que obtuvo el Instituto Noos, así como la Fundación Deporte Cultura e Integración, asciende a una cantidad estimada de 4.431.013 euros (dentro de la cual no se incluyen los donativos recibidos por Noos de la Fundación Madrid 16, ni de los contratos celebrados por Noos Consultoría dirigidos a la creación de la Oficina Proyecto y otros vinculados al patrocinio del equipo ciclista BANESTO-ILLES BALEARS -), a pesar de que el auto apelado describe estas conductas como presuntamente delictivas, e incluso sugiere que el patrocinio del equipo ciclista, al margen de la naturaleza civil del contrato, fue también delictivo por obedecer su contratación a la influencia ejercida por el Instituto Noos, personalizada en Alfonso , sobre el entonces Presidente de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears Don Blas , influencia que se habría visto canalizada a través de la mediación del que fuera Director General de Deportes del Govern Estanislao y amigo personal del Sr. Alfonso , por haber sido ambos deportistas olímpicos y haber compartido vivencias en la Residencia de deportistas de élite Hernan en Barcelona.

De acuerdo con este sucinto relato, el Instructor estima sumariamente acreditado: que los Sres. Alfonso y Balbino han podido cometer los delitos de prevaricación por inducción y de tráfico de influencias, por cuanto al haberse aprovechado de su parentesco con la Familia Real y de una entidad sin ánimo de lucro que parecía contar con el respaldo Real, habrían ejercido presiones, influyendo y determinando la voluntad de políticos y responsables de las entidades contratantes para firmar distintos contratos de colaboración y sus adendas, relativos a los eventos Valencia Summit, Illes Balear Fórum, Preparación de los Primeros Juegos Europeos y convenio marco con la Fundación Madrid 16, contratos que se habrían realizado al margen del procedimiento de contratación, el cual se habría eludido precisamente para evitar la concurrencia competitiva y asegurar que las contrataciones iban a ser otorgadas al Instituto Noos y, consecuentemente al yerno del Rey, y no a otra entidad o empresa.

Al mismo tiempo considera el Juez que, ambos encartados habrían podido cometer un delito de fraude a la administración como medio para la malversación, pues la firma de estos convenios vino precedida de negociaciones previas con responsables políticos y gestores de las entidades públicas contratantes, que se habrían plegado a la influencia ejercida por el Sr. Alfonso , con el fin de agradar a la Casa Real, y que accedieron, contraviniendo la legalidad, a que los contratos se verificasen al margen de cualquier concurrencia y de la necesaria transparencia.

El delito de malversación se produciría por cuanto la contratación ilícita habría posibilitado la disposición indebida de fondos públicos, propiciada porque los eventos se presupuestaron atendiendo al precio fijado e impuesto unilateralmente por el Instituto Noos y no con arreglo al valor de mercado.

Asimismo, el Juez Castro sostiene que Alfonso y Balbino al haber utilizado el Instituto Noos aparentando que se trataba de una entidad sin ánimo de lucro, dicho engaño causante de la firma de estos convenios o contratos podría ser constitutivo de un delito de estafa y en concreto en lo que respecta al convenio para la preparación de los Juegos Europeos, ya que se intentaron cobrar trabajos inexistentes emitiendo con tal finalidad certificaciones falsas.

El Juez Instructor en la resolución combatida extiende sus imputaciones contra las personas que trabajando para el grupo Noos, habrían intervenido en el área fiscal, de contabilidad y de tratamiento de facturas - los hermanos Braulio y Victoriano -, así como en la constitución de la estructura fiduciaria en el extranjero. A estas personas, al igual que los responsables de los entes administrativos contratantes, también, les atribuye su presunta participación en los delitos de prevaricación, tráfico de influencias, fraude y malversación de caudales públicos.

Finalmente el Juez a quo y con fundamento en los informes de la Agencia Tributaria - informes avance 2, 3 y 4 - atribuye a los Sres. Balbino y Alfonso la comisión de tres delitos fiscales por defraudación en el impuesto de la renta - dado que la Agencia Tributaria considera que ambos imputados a través del entramado societario vinculado al grupo y de la entidad Noos ocultaban la percepción de ingresos por actividades del trabajo, ya que todo el grupo era una simple simulación -. De los tres delitos uno habría sido cometido por el Sr. Balbino (IRPF del 2007) y los otros dos por el Sr. Alfonso (IRPF de los años 2007 y 2008). Respecto de las anualidades anteriores 2005 y 2006, que fueron los ejercicios en los que Noos obtuvo los mayores y más elevados ingresos por contratación pública, la responsabilidad penal por defraudación se habría extinguido por prescripción.

Asimismo, el Juez Castro entiende que las esposas de ambos imputados Doña Laura y Eva habrían cooperado en la comisión de estos delitos por el hecho de formar parte de las sociedades del entramado utilizadas por ambos imputados para defraudar en el impuesto de la renta: Laura por ser copartícipe y en algunos casos administradora de las entidades Virtual Strategies S.L., Intuit StrategyInnovationLab, S.L., Shiriaimasu S.L., Noos Consultoría Estratégica S.L, a partir de julio de 2007; y Eva por ser copropietaria juntamente con su marido al 50% de la mercantil limitada AIZOON. Y Eva, a su vez, podría haber cometido un delito de blanqueo de capitales, por cuanto a partir del año 2006 - en que ya podría conocer las irregularidades del Instituto Noos por haber sido ya alertada por la Casa Real -, de las cuentas titularidad de AIZOON, que contenían dinero proveniente de la malversación, así como dinero defraudado a la Hacienda pública por no haber sido declarado en los impuestos de la renta de su marido de los ejercicios de las anualidades 2007 y 2008, habría dispuesto de tales fondos para atender a gastos familiares y personales en la forma en que se señala en el auto combatido.

*TERCERO.-Del objeto y finalidad del auto transformador:*

Tiene declarado con reiteración esta misma Sala en ininidad de resoluciones cuya cita, por conocida resulta ociosa, que la finalidad que tiene el auto transformador en el procedimiento abreviado no es otra que, de una parte, delimitar el objeto fáctico del proceso estableciendo los hechos justiciables que el Juzgador ha considerado esclarecidos durante la instrucción ( art.779.4 de la Lecrim), pues con dicha resolución se agota la fase investigativa. Por eso, si alguna de las partes discrepa del agotamiento de la instrucción es este el momento procesal oportuno para impugnar dicha decisión y solicitar nuevas pruebas; y de otra parte, establecer la persona o personas que han podido participar en tales hechos.

Por lo que hace a la delimitación objetiva esta no ha de concretarse de modo exclusivo y único a efectuar un relato fáctico de los hechos justiciables (que en supuestos de escasa complejidad - lo que no ocurre en el caso presente - pueden venir establecidos por remisión a lo actuado, pues la verdadera imputación se produce en el momento mismo de la toma de declaración del imputado), sino también precisa un juicio provisorio de imputación sobre los mismos y referido a los indicios de criminalidad sobre los que se asientan y a la vinculación de estos con los sujetos presuntamente responsables, ya que la responsabilidad penal es siempre personal, así como al encaje jurídico y calificación que provisionalmente de tales hechos cabría realizar.

La finalidad de dicho juicio de acusación no es otra que la de evitar que las personas imputadas en un procedimiento penal puedan verse sometidas a una acusación infundada por delito y por tanto a un juicio público sin base o fundamento alguno. Y constituye una garantía procesal para el sujeto imputado equivalente al auto de procesamiento en el proceso ordinario, por cuanto a partir de su dictado se da traslado formalmente de la acusación que se deduce en su contra, y que, generalmente coincide ya con la que le ha sido puesta de manifiesto en su toma de declaración, de suerte que si finalmente es sometido a juicio no podrá ya ser acusado por hechos distintos ni diferentes a los que le son entonces comunicados. En caso contrario se quebrantaría el derecho a la defensa, en su dimensión del derecho a tomar conocimiento de la acusación, así como al proceso debido.

Por el contrario, no existe vinculación definitiva en cuanto a la calificación jurídica provisional que de tales hechos pueda realizar el Juzgador, mas bien dirigida a ordenar el procedimiento y a situar los hechos justiciables en un entorno antijurídico que justifique su tipicidad, por cuanto ni es misión suya, sino de las acusaciones personadas, el ejercicio de la acusación, ni queda vedada la posibilidad de una posterior alteración por la vía de las conclusiones definitivas, siempre que el cambio jurídico operado tras la actividad probatoria a evacuar en el plenario esté soportado en el respeto, en lo esencial, a los hechos justiciables que incorpora el auto de transformación, a salvo de las normales modalizaciones periféricas que puedan surgir como consecuencia del devenir del acto del plenario.

Un cambio inusitado y sustancial en la acusación respecto de los hechos justiciables (no así de su tipificación, pues la indefensión siempre es fáctica y no jurídica) podría igualmente producir la quiebra del derecho a la defensa.

Por lo que se refiere al alcance de ese juicio de acusación que ha de contener el auto transformador - a cuyo examen ha de ceñirse la actividad revisora de esta Sala -, no es más que una convicción judicial provisorio o hipotética referida a la posibilidad o probabilidad de que se hayan podido cometer uno o varios delitos (o mejor hechos provisionalmente subsumibles como tales) cuyo cauce de enjuiciamiento esté previsto en el proceso abreviado y que en dicho delito o delitos hayan podido participar de alguna manera, directa o indirecta, los sujetos imputados.



Asimismo y en tanto en cuanto la imputación requiere que los hechos justiciables tengan trascendencia penal, resulta necesario que el Juzgador realice por mera aproximación, un encaje jurídico o calificación provisoria de tales hechos, de modo que puedan ser subsumidos en uno o varios tipos penales, sin que esté obligado el Juez Instructor, cuya misión fundamental y prioritaria es esclarecer los hechos punibles desechando aquellos de contenido penalmente irrelevante o inocuo, a acertar en dicha calificación, pues tiene carácter provisional y no es a él precisamente por el reparto de funciones que existe en nuestro sistema procesal, sino al Ministerio Fiscal y a las Acusaciones personadas, a las que les corresponde ejercer la labor acusatoria. En el sentido indicado (referido al alcance y finalidad de la resolución transformadora), se ha expresado el TS en su sentencia de fecha 13 de diciembre de 2007 EDJ 2007\ 243085 cuando al tratar el contenido y función del auto de transformación ha dicho que esta resolución constituye solamente la "expresión de un juicio de inculpación formal efectuado por el Juez de Instrucción, exteriorizador de un juicio de probabilidad de una posible responsabilidad penal" (v. STS de 10 de noviembre de 1999 EDJ1999/34247), por lo que su finalidad "no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal, anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como para expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia" (v. STS de 2 de julio de 1999 EDJ1999/20599).

Del mismo modo el Auto 3766/2010 (Rec 20048/2009) del TS de fecha 7 de abril de 2010 (dictado en causa especial) nos recuerda que el denominado juicio de acusación no le incumbe establecer con certeza las afirmaciones fácticas que fundan la imputación. Le corresponde únicamente la determinación de una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos, únicos verificables, y respecto de los cuales una valoración jurídica pueda concluir que son constitutivas de delito.

Es decir, que procede dictar esta resolución cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos, por un lado, en los artículos 637 1.º y 641 1º y, por otro lado, en el artículo 637.2º, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En suma cuando existe en la acusación un mínimo de seriedad y fundamento, el criterio ha de ser siempre depurar las eventuales responsabilidades penales en sede de juicio oral y el sobreseimiento tiene carácter residual, siendo por tanto en esos casos la excepción frente a la regla general: el juicio oral en donde se garantiza que el enjuiciamiento de los hechos se verificará bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Más recientemente, y ahondando en el precedente anterior, recuerda la STS, 2ª, de 15 de junio de 2011 (ROJ: STS 5781/2011) que la decisión transformadora tiene únicamente el alcance de determinar una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos del caso, verificados por el instructor, y proyectar sobre los mismos una valoración jurídica que permita concluir que son constitutivos de delito, lo que equivale a la procedencia de dictar esta resolución cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos en los artículos 637.1, 641.1 y 637.2, todos ellos LECrim.

Conforme a las resoluciones transcritas, por vía de recurso contra la decisión transformadora, se debe examinar si el supuesto es de tal claridad y diafanidad incontrovertida que el sobreseimiento es patente o debe seguirse la tramitación y celebrarse el juicio. Basta, pues, con comprobar que el sobreseimiento debe excluirse, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, para dar respaldo y confirmación a la decisión transformadora.

Por tanto, únicamente cuando el juicio de acusación, entendido en términos de mera probabilidad, pero no de certeza, verificado por el Juez en el auto transformador y en concreto cuando la versión judicial que el mismo contenga aparezca grave y patentemente errónea, ilógica o equivocada o cuando las imputaciones que el auto vierte contra el o los apelantes sean absolutamente infundadas, voluntaristas, arbitrarias, o carentes de toda base o fundamento, habrá lugar a disponer el sobreseimiento y en el resto de las situaciones, incluso en aquellos supuestos dudosos, en razón a que el criterio sobreseyente opera siempre de modo residual, habrá que disponer la continuación del procedimiento hasta la celebración del juicio.

El juicio de probable de acusación, por tanto, no precisa detenerse en la calidad y entidad de los indicios de criminalidad y por tanto en si las imputaciones que contempla el auto transformador alcanzan o no el canon de suficiencia constitucional requerido (nos referimos a la calidad de los indicios de criminalidad) para obtener, más allá de toda duda razonable, un pronunciamiento de condena y desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a toda persona imputada, pues dicha presunción solo puede enervarse o destruirse a partir del actividad probatoria que se evacue en el acto del plenario con las debidas garantías procesales y pleno respecto a los principios y, no puede, ni debe ser nunca éste - nos referimos al examen de la suficiencia de los indicios y menos aún cuando se trata de prueba indiciaria - el objeto de la decisión transformadora, que en modo alguno puede por ello en orden a la valoración fáctica y jurídica equipararse o asimilarse a una

sentencia. Basta y es suficiente para dictar el auto transformador y formalizar la imputación como paso previo al juicio con que los hechos justiciables que describe el Juez Instructor hayan podido ocurrir y que los mismos puedan revestir los caracteres de uno o de varios delitos cuyo enjuiciamiento ha de verificarse por los trámites del proceso abreviado.

También la Sentencia del TS número 326/2013, de 1 de abril, insiste en que el auto de transformación tiene por cometido realizar un juicio de razonabilidad de la acusación y de la procedencia de celebrar juicio oral o en su caso de decretar el sobreseimiento y señala que ese juicio de acusación tiene un alcance doble: delimitar los hechos justiciables y evaluar su carácter típico. Este contenido, explica el Alto Tribunal, constituye una exigencia tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 38/2002, que incorpora la doctrina Constitucional aplicable.

Concretamente, explica la citada sentencia que la acusación por unos hechos en el procedimiento abreviado exige de unos presupuestos:

a) Que el imputado haya sido informado de los hechos y haya declarado (o al menos, haya podido declarar) sobre ellos. A esta idea se refirió en extenso la muy conocida STC 186/1990, de 15 de noviembre .

b) Que en el auto de transformación ( art. 779.1.4 LECrim ) se haya ordenado proceder por tales hechos: es un filtro que ha de efectuar el Juez de Instrucción depurando el objeto procesal de forma que expulse mediante el sobreseimiento aquellos hechos investigados respecto de los que no haya indicios fundados de comisión; y ordene la prosecución respecto de aquellos otros que cuentan con una base indiciaria sólida. Es esta una primera vertiente del irrenunciable juicio de acusación que en el procedimiento abreviado aparece de forma no muy lógica desdoblado en dos momentos diferentes complementarios. Esta función de esta resolución que o no tenía en la normativa anterior a la reforma de 2002, o que aparecía de forma muy desvaída, fue recuperada o, mejor, introducida por tal modificación legislativa.

c) Que exista una parte legitimada que formule acusación por tales hechos.

d) Que el Juez de Instrucción a la vista de la acusación realice - en referencia al auto de apertura de juicio - una nueva evaluación (segundo filtro del juicio de acusación) constatando si son típicos y si hay fundamento para abrir el juicio oral (en este segundo aspecto se reproduce una valoración del material que ya debió efectuarse antes). En caso contrario habrá de decretar el oportuno sobreseimiento.

Por lo expuesto y abundando en lo ya expuesto, al estar sustentado el auto transformador sobre una probabilidad de acusación y en la medida en que la decisión sobreseyente es residual, en el contexto de situaciones de dudosa imputación no rige el principio in dubio pro imputado o pro reo, pues este se halla reservado al ámbito propio y específico del plenario, una vez se halla practicada la prueba propuesta, sino que la duda que pueda existir, siempre que la acusación esté dotada de un mínimo fundamento, de base o sustento, a fin de evitar que la presunción de inocencia pueda resultar frontalmente vulnerada - cosa que solo ocurrirá en aquellos casos en los que la acusación aparezca patentemente infundada -, debe resolverse decidiendo a favor de continuar el procedimiento y de ordenar la celebración del juicio oral, rigiendo ya entonces, una vez éste haya tenido lugar, si las dudas acusatorias se mantienen y persisten, el indicado principio pro acusado haciendo que la balanza probatoria se incline a su favor.

Por lo que se refiere a la calificación jurídica provisoria que contenga el auto de transformación, en todo caso debemos añadir que es jurisprudencia reiterada la que señala que el dictado del auto transformador supone el ejercicio de la acción penal y, por ello el Juez instructor no está obligado a atinar o ser preciso a la hora de verificar la calificación jurídica de los hechos que contenga el auto de transformación, ya que se trata de una función, la de la calificación y acusación, que corresponde a las partes acusadoras y que para el Juez instructor tiene un objeto fundamentalmente dirigido a realizar una labor crítica a fin de concluir que los hechos investigados tienen carácter punible y sobre todo que su subsunción jurídica por un determinado tipo penal supone la ordenación del procedimiento para que éste se sustancia por los trámites del proceso abreviado y no en cambio por el proceso sumario, el Jurado o por el juicio verbal de faltas.

A este respecto y en su sentencia núm. 1182/2006 de 29 noviembre RJ 2007/250 nuestro alto Tribunal nos recuerda que el marco fáctico que el Tribunal sentenciador no puede sobrepasar, no es el que figura en el auto de transformación, sino el de las conclusiones definitivas de las partes acusadoras. Ha declarado la Sala Segunda del TS con reiteración que el auto referido es equivalente en el Procedimiento Abreviado al auto de procesamiento en el proceso ordinario, el cual no opera con efecto preclusivo de la calificación de las acusaciones en el ámbito del principio acusatorio, toda vez que si éste exige que el acusado tiene derecho a conocer la acusación de tal manera que pueda ejercer una plena defensa y contradecir los hechos

que se le imputan, este derecho se ve satisfecho cuando las conclusiones provisionales de las acusaciones ponen formalmente en su conocimiento las pretensiones de las mismas. Por consiguiente, ni el auto de procesamiento, ni el de transformación, tienen la finalidad de definir inflexiblemente el objeto del proceso - constituido por las pretensiones de la acusación y defensa - sino conferir al acusado ciertos derechos a partir de la determinación de su legitimación pasiva ( SSTS de 23 de febrero de 2004 [ RJ 2004, 2771] y 18 de octubre de 2005 [ RJ 2005, 8129] ). El Tribunal sentenciador, debe, pues, pronunciarse sobre las pretensiones que le demandan las partes procesales, entre las que no se encuentra el Juez de Instrucción, y del mismo modo que en el proceso ordinario la acusación se formalizará respecto de «los hechos punibles que resulten del sumario» ( art. 650 LECrim [ LEG 1882, 16] ), no de los que figuren en el auto de procesamiento, sin establecer limitación alguna, igualmente debe suceder en relación con el procedimiento abreviado, máxime cuando la Ley ha previsto la posibilidad de que al auto de transformación no le siga de forma inmediata el escrito de acusación, sino que se practiquen nuevas diligencias a solicitud de las acusaciones que puedan aportar nuevos datos (art. 790.1 y 2) sobre los hechos investigados.

Finalmente el artículo 779 señala que será nulo el auto de transformación cuando contenga hechos punibles sobre los que el imputado no haya prestado declaración en calidad de imputado (Art.779.1.4).

Este precepto ha de ser puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 775, en cuya virtud: " En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan...".

El fundamento de lo preceptuado en el artículo 779, antes referido, es que la investigación oficial realizada en el marco de las diligencias previas de procedimiento abreviado no se verifique a espaldas del imputado (pues en principio la asistencia Letrada no es necesaria, a salvo de que intervenga en su toma de declaración y en diligencias que el Juez estime imprescindible su participación y en todo caso llegado el trámite de calificación), de tal modo que para evitar que ello se produzca es preciso que en la primera comparecencia se le informe de los hechos punibles.

*CUARTO.-De la normativa aplicable a los contratos de colaboración suscritos entre la Asociación Instituto Noos y las entidades públicas sometidas al Derecho privado para la realización de los eventos Illes Balears Fórum, Valencia Summit y Preparación de la Candidatura de los Juegos Europeos. Así como de la contratación llevada a cabo entre Noos Consultoría aplicada - entidad del grupo Noos - y la Fundación Illesportapropósito del contrato de patrocinio suscrito entre la Fundación y la entidad ABARCASPORT.*

Normativa aplicable en el ámbito Comunitario y Estatal:

En primer lugar hemos de tener en cuenta la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

En aplicación de esta Directiva se enmarcan las Sentencias del TJCE de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003. En virtud de esta Jurisprudencia del TJCE, dictada en aplicación de la citada Directiva del Consejo, se dispuso que tratándose de organismos públicos que tuvieran estatuto de Derecho privado estas entidades no podían quedar fuera de su regulación.

A raíz de la doctrina que incorporan estas Sentencias del TJCE, se declaró que la normativa española no había incorporado la antes aludida Directiva 89/655, dado que la normativa de la Ley de Contratos del Sector público (Real Decreto Ley 2/2000, vigente en la fecha de los hechos), excluía indebidamente del ámbito de aplicación de las reglas de contratación, a las sociedades mercantiles bajo control público.

Como consecuencia de ello la Ley 62/2003, en vigor desde el 1 de enero de 2004, de medidas fiscales, administrativas y de orden social y en aplicación de la Directiva referida y Jurisprudencia que la interpretó, amplió el ámbito subjetivo para la aplicación de la normativa de contratación pública; y dispuso que la Ley de contratos del sector público, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Vigente hasta el 16 de Diciembre de 2011) era aplicable además de a las administraciones estatal, a los organismos autónomos, en todo caso, y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se dieran los siguientes requisitos:

a) Que hubieran sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tuviesen carácter industrial o mercantil.

b) Que se tratase de entidades cuya actividad estuviera mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se hallara sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estuvieran compuestos por miembros más de la mitad de los cuales fueran nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público (art. 1.3).

Asimismo y de acuerdo con el artículo 2.1 quedaban sujetas a la normativa de contratos públicos las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurriesen alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, les serían de aplicación las prescripciones de esa Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.624 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trataba de contratos de obras, o a 236.945 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trataba de cualquier otro contrato de los mencionados.

En la Disposición Adicional 6ª se indicaba que para el resto de los contratos las sociedades a que se refería el apartado 1 del artículo 2, ajustarían su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuese incompatible con estos principios.

El Real Decreto Ley 5/2005, de fecha 11 de marzo de 2005 de Reformas Urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que entró en vigor el 15 de marzo, modificó el ámbito subjetivo de la aplicación de la normativa de contratos e incluyó en su artículo 2, juntamente con las sociedades mercantiles públicas alas fundaciones del sector público, siempre que, además, concurrieran alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior: creadas para satisfacer intereses públicos y que dependieran o estuvieran financiadas en su mayor parte por la Administración a ellas vinculadas.

El citado Real Decreto 5/2005 citado pasó a modificar también la Disposición Adicional sexta del Texto Refundido de la Ley de contratos titulada "Principios de contratación del sector público", pasando a recoger lo siguiente:

Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Aunque con la reforma operada por este Real Decreto se incluye ya como aplicable la normativa de contratación pública a las fundaciones de interés público, en verdad dicha normativa ya gozaba de aplicabilidad con anterioridad en aplicación de la citada Directiva comunitaria y en este sentido se expresa la propia exposición de motivos del Real Decreto de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, explicando que.. " Se incorpora al ámbito subjetivo de la Ley a las fundaciones del sector público para solucionar los problemas derivados de la ausencia de aplicación por éstas de las normas contenidas en las directivas comunitarias sobre procedimiento de adjudicación de los contratos cuando tales fundaciones gestionan proyectos financiados con fondos europeos, sin alterar su régimen contractual sujeto al derecho privado.

"En cuanto a los principios de contratación en el sector público, se significa, se pretende reintegrar a la legalidad anterior al 1 de enero de 2004 a un conjunto de sociedades públicas -de ámbito estatal, autonómico y local- que en estos momentos, según se clarifica en la exposición del motivos del Real Decreto, no están sujetas a la obligación legal de ajustar sus contratos a los principios de publicidad y concurrencia, incluyendo en tal supuesto a las fundaciones del sector público.

La actividad contractual, aclara el Legislador, es una faceta importante de la gestión económica de las sociedades mercantiles estatales y de las fundaciones del sector público cuyos presupuestos forman parte de los Presupuestos Generales del Estado. La modificación propuesta tiende, por tanto, a garantizar que la ejecución de dichos presupuestos se realice en unas coordenadas de mayor publicidad y transparencia que contribuyan al cumplimiento del principio constitucional de eficiencia en la asignación del gasto. La urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas, de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública".

Al respecto del concepto de fundación de interés público - aunque en nuestro caso las fundaciones firmantes de los contratos son de ámbito local -, conviene tener en cuenta lo dispuesto en el artículo de la Ley Estatal de fundaciones 50/2002, de diciembre. Dicho artículo define que se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Resulta también de aplicación la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (vigente hasta el 18 de Abril de 2016).

Según esta Directiva en su art 1.9 al referirse a las "Definiciones",... son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

Respecto a la normativa de contratos, además del aspecto subjetivo, en cuanto a los sujetos o entidades a los que le eran aplicables la normativa reguladora, habría de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 de Ley 2/2000, referido a los requisitos de los contratos (...):

"1. Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.

2. Son requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones Públicas, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley, los siguientes:

a) La competencia del órgano de contratación. b) La capacidad del contratista adjudicatario.

c) La determinación del objeto del contrato. d) La fijación del precio.

e) La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración.

f) La tramitación de expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto.

g) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria (RCL 1988, 1966 y 2287) o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley.

h) La aprobación del gasto por el órgano competente para ello. i) La formalización del contrato..."

En orden al objeto de los contratos administrativos el artículo 13 del RD 2/2000, establecía que el objeto de los contratos que realice la Administración deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público objeto correspondiente se justificará en el expediente de contratación. De igual modo y en cuanto al precio el artículo 14, especificaba que: "Los contratos tendrán siempre un precio cierto que se expresará en moneda nacional (...), y se abonará al contratista en función de la prestación efectivamente efectuada y de acuerdo con lo convenido. En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.

Y por lo que respecta a la perfección esta se preveía mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, según rezaba el artículo 53, cualquiera que fuese el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, y expresamente el artículo 55 sancionaba al respecto de la formalidad que la Administración no podría contratar verbalmente, salvo que el contrato tuviera carácter de emergencia.

Por lo que se refiere a la normativa de contratos el artículo 3 del RD 2/2000, en su apartado d), establecía que quedaban excluidos de su ámbito objetivo de aplicación: " Artículo 3. Negocios y contratos excluidos (...): d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (LCEur 1986, 8) .

De acuerdo con este precepto tanto las administraciones entre sí como las entidades públicas o instrumentales (sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales y fundaciones de interés público) sujetas al Derecho privado cuando contratan con particulares podían celebrar convenios de colaboración. La regla general, conforme al criterio residual que incorporaba el Real Decreto, - actualmente la materia se halla contemplada en el artículo 4 de la Ley de contratos vigente - y aunque no define los contratos de colaboración sí deja fuera de los mismos a aquellos que tengan por objeto a cargo del particular una obligación de dar o de hacer, fijando la causa de tales contratos en la colaboración recíproca entre la entidad pública contratante y el particular, viniendo ambas partes obligadas a la consecución de un fin común que habrá de ser de interés público - era y sigue siendo la de considerar excluidos del ámbito de la contratación administrativa y, por tanto, sin sujeción a las reglas de contratación, a aquellos convenios que además de establecer un cauce de colaboración, su objeto no estuviera comprendido dentro de los previstos como típicamente administrativos.

Conviene precisar que en la normativa vigente en la fecha de los hechos como en la actual se admite la posibilidad de que la administración y los entes públicos instrumentales puedan celebrar contratos de colaboración con particulares y tales contratos están y estaban excluidos de la Ley de contratos, siempre y cuando objetivamente considerados su objeto no estuviera o esté dentro de los previstos en la normativa reguladora.

Ello no obstante el artículo 4.1.d) TRLCSP de la ley reguladora vigente en la actualidad expresamente proclama la prohibición de que a través del cauce del convenio se celebren verdaderos contratos, marginando con ello la aplicación de las reglas de la publicidad y concurrencia en la selección del contratista.

Sobre este concreto particular y en punto al uso abusivo de los convenios de colaboración, nos recuerda el Tribunal de Cuentas en su resolución de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación a la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, fechada el 30 de noviembre de 2010 - la cual se halla incorporada en las actuaciones, si bien se pueda acceder a ella consultando directamente Internet, por si algún interesado quisiera leerla en su totalidad, ya que no tiene desperdicio y resulta harto interesante en un momento como el actual en que se pretende dotar de mayor transparencia a la Administración en su actuación diaria...-"que por tratarse de una figura no específicamente regulada como tal, en cuanto a su definición y diferenciación entre convenios interadministrativos y aquellos celebrados entre administraciones y particulares - entre los que el Tribunal de Cuentas incluye a los celebrados entre las administraciones instrumentales y particulares -, se ha venido abusando de este tipo de concertación para eludir las normas de los contratos públicos y el cumplimiento de los principios que rigen este tipo de contrataciones y en ocasiones cuando se utilizan como vehículo para canalizar subvenciones, incumplen la Ley que regula su concesión",... en la cual se establece como criterio general el de que las subvenciones públicas han de respetar los principios de publicidad y concurrencia, a no se que trate de subvenciones nominativas que venga establecidas en la ley de presupuestos o aquellas que se concedan por Ley.

A este respecto conviene reproducir algunas de las consideraciones y comentarios que al hilo de los convenios de colaboración hizo el Tribunal de Cuentas en la moción indicada de noviembre de 2010, en la medida en que son trascendentes a la hora de examinar los convenios de colaboración suscritos por el IN con las entidades públicas que concertaron los convenios Illes Balears Forum, Valencia Summit, preparación de los Juegos Europeos y el suscrito con la Fundación M-16 ( aunque este convenio se firmó con la Fundación Deporte Cultura e Integración Social ) al respecto comenta el TC: que... "en lo que atañe a los convenios celebrados con personas sujetas al derecho privado, los hechos puestos de manifiesto, en todos o en varios de los mencionados informes, y las conclusiones más significativas obtenidas de su examen han sido los que se exponen (solo recogemos algunas de ellas):

- Los convenios, por regla general, se celebran sin una norma habilitante específica, es decir, sin la previa aprobación de "las normas específicas que los regulan", a que se refería el art. 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) -en la actualidad, art. 4.1 d) de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP)- o de una disposición que prevea su "alcance, efectos y régimen jurídico" a que se refiere la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ- PAC) (art. 88.1).

- Por regla general, no se realizan actuaciones tendentes a dar publicidad o a promover la concurrencia de sujetos distintos de aquellos con los que los convenios se suscriben, por lo que no puede decirse que se hayan aplicado, como es obligado, estos principios que rigen en la contratación pública, y que son de obligada aplicación en la actividad convencional ( art. 3.2 TRLCAP y art. 4.2 LCSP), sin perjuicio de que en algunos de ellos puedan concurrir circunstancias que justifiquen la elección directa del otro suscriptor.

- Bajo la apariencia formal de convenios de colaboración se han tramitado auténticos contratos administrativos, eludiéndose así la aplicación de la legislación contractual.

- En ocasiones los convenios de colaboración constituyeron, "de facto", subvenciones públicas, otorgadas sin atenerse a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) y normativa de desarrollo, y, en particular, al procedimiento de concesión.

Otras veces la naturaleza subvencional ha resultado cuestionable, por la omisión de una cláusula que concrete a qué sujeto corresponde la titularidad de los resultados, lo que, además de la deficiencia que supone en el plano estrictamente convencional, genera inseguridad en el plano presupuestario ya que es determinante de que el gasto tenga naturaleza de gasto real o de transferencia.

- En líneas generales, es escasa la especificación del objeto de los convenios y, a veces, también resulta excesivamente genérica la descripción de las actividades a realizar, careciendo del nivel de concreción suficiente para determinar con precisión su verdadero alcance o la adecuación a su valor de la financiación que aporta la Administración.

- En otros casos, no constan en los expedientes los criterios para determinar la cifra de la cantidad a aportar por la Administración. No es infrecuente, a partir de los datos contenidos en los expedientes, desconocer por qué se fija una determinada aportación y no otra superior o inferior, lo que reviste especial importancia, al no existir una pluralidad de ofertas que permitan la depuración del precio o, en su caso, del coste de la actividad.

- En relación con la ejecución de lo convenido se aprecia, entre otros extremos: a) La falta de constancia expresa del cumplimiento de los compromisos que asume la Administración, excepto en lo que atañe a la aportación financiera; b) La frecuente justificación del gasto, excepto en los convenios destinados a canalizar subvenciones, mediante la presentación, por el sujeto privado, de la factura por el importe de la aportación financiera a cargo de la Administración, pero no de los gastos en que se ha incurrido. Esta forma de justificar, cuando no se parte de una estimación rigurosa del costo de la actividad, no ofrece garantías de un correcto empleo de los fondos..."

Termina su informe el Tribunal de Cuentas haciendo una serie de propuestas dirigidas a las Cortes Generales, y entre ellas sobresale la solicitud de que se adopten medidas eficaces en orden a la efectiva aplicación de los principios de la LCSP cuando se acuda a este tipo de concertación, en los casos de ausencia de normas especiales, según contempla su art. 4.2, teniendo en cuenta el distinto alcance que estos principios tienen en relación con los convenios interadministrativos (entre administraciones para una mejor cogestión de los servicios públicos) y con los convenios entre entidades públicas - sociedades mercantiles públicas y Fundaciones de interés público y general - sujetas al Derecho privado con administrados.

Es suma y a tenor de cuanto acabamos de decir, la configuración legal de los convenios de colaboración supone que su campo de actuación, ya tomemos como punto de partida la fecha en que sucedieron los hechos objeto de revisión, como en el momento presente, si bien del contenido de la Ley actual cabe obtener un concepto de convenio de colaboración y la prohibición de su uso para encubrir auténticos contratos, termina siendo de una enorme amplitud. Y así viene demostrándose en la práctica. Lo que importa es que su objeto no coincida con el de los contratos administrativos, es decir, con el de los contratos típicos o nominados, el de los contratos especiales vinculados al giro o tráfico específico de la Administración, el de los que satisfacen de forma directa o indirecta una finalidad específica de la finalidad de aquella o el de los establecidos por una norma administrativa especial, pues de lo que se trata es de que la administración y sus entes de derecho público no abusen de esta figura para eludir los principios de la contratación, ni tampoco, que se utilicen como

cauce para encubrir subvenciones directas, pues en esos casos la transparencia viene determinada por la exigencia de una Ley que las establezca, ya presupuestaria o de otro tipo. Pero, respetado el señalado límite y siempre que el convenio responda a una finalidad lícita, el convenio se viene utilizando como un medio hábil para que la Administración pueda colaborar con los particulares facilitando y favoreciendo las actividades que éstos pretendan desarrollar, por cuanto, sin dejar de ser actividades privadas, se considera que las mismas convienen a los intereses generales, partiendo por su puesto de la premisa que se trata de un sistema de concertación o de efectiva cooperación.

Otra norma a tener en cuenta y que es objeto de cita y comentario por parte de algunas de las defensas es la Ley General de Publicidad, Ley 34/1988, de 11 de noviembre, a propósito del contrato de patrocinio, el cual a tenor de su objeto quedaría fuera del ámbito de la normativa de contratos. Ahora bien, es sabido que la naturaleza del contrato viene determinada por el objeto del mismo y contenido de sus prestaciones y no por la denominación que las partes hayan querido otorgarles.

El artículo 22 de la Ley General de Publicidad define este contrato como aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables".

Otro tanto ocurre con la naturaleza jurídica de las entidades públicas o privadas contratantes, que no viene establecida exclusivamente por lo que puedan declarar al respecto sus estatutos o escritura de constitución, sino por su aspecto funcional, grado de dependencia y de control que sobre dicha entidad o fundación pueda ejercer la administración vinculada y naturaleza de los fondos que maneje, y si estos son principalmente de procedencia pública.

Finalmente y en lo que respecta a los aspectos de orden tributario son de tener en cuenta los siguientes preceptos:

.- Artículo 15 de la LGT que regula el conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios. Su apartado 3 dispone que "en las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones".

.- Artículo 16 de la LGT, en el que se regula la simulación tributaria y en estos casos se dispone que "el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes".

.- Artículo 41 de la LGT. En este precepto se contempla la responsabilidad tributaria y en el siguiente se especifica quiénes son responsables solidarios de la deuda y entre ellos se encuentran: a) Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria (su responsabilidad se extenderá a la sanción)...y, también, según se dispone en su apartado 2, serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria...a) las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la administración tributaria.

En lo que se refiere al ámbito de las Comunidades Autónomas resulta de aplicación el Real Decreto Ley de 26 de junio de 1991, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, dicha norma se remite al Decreto 20/1993, de 8 de febrero, del Gobierno de Valenciano, por el que se regula el Reglamento de Convenios y se establece el régimen jurídico-presupuestario de los Convenios que suscriba la Generalitat Valenciana.

Este Decreto al tratar el contenido de estos Convenios de colaboración establece en su artículo segundo..." que sólo podrán constituir objeto de los convenios y acuerdos de cooperación a los que se refiere la presente norma, en el supuesto de que se suscriban con personas físicas o jurídicas privadas, aquellas actividades negociales que, por razón de los sujetos, objeto o causa, no sean susceptibles de sujetarse a las normas sobre contratación administrativa. Expresamente por tanto distingue entre contrato y convenio, prohibiendo que este último contemple prestaciones que han de ser establecidas por vía de contrato.

Dispone además que los instrumentos en que se formalicen los convenios y acuerdos de cooperación deberán especificar, como mínimo:

-"Las partes que los conciertan y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de ellas.



- El objeto del convenio o acuerdo de cooperación, así como las obligaciones que asume cada una de las partes.
- Su financiación, en el caso de que del mismo se derivasen prestaciones de carácter económico para alguna de las partes, incluyéndose el detalle de la aplicación económica.
- La previa aprobación del proyecto de convenio o acuerdo de cooperación por el Gobierno Valenciano, en el caso de que los mismos fuesen a suscribirse con entidades o instituciones públicas.
- El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio o acuerdo.
- Las cláusulas a que se refiere el artículo 7 del presente decreto.

Con carácter previo a la formalización de los convenios y acuerdos de cooperación deberá solicitarse del Registro de Convenios informe sobre su contenido, a los únicos efectos de evitar posibles coincidencias con los ya suscritos. El mencionado informe deberá emitirse en un plazo máximo de diez días...".

Contempla este Decreto de la Generalitat Valenciana en su artículo quinto la regulación de los convenios que se articulan a través de subvenciones, tal y como se prevé en los artículos 45 a 48 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, y dispone que "tendrán carácter subsidiario respecto a la fórmula de convocatoria abierta, de tal forma que sólo se podrá recurrir a su suscripción en la medida en que se justifique su oportunidad y conveniencia. Así mismo, tendrán carácter subsidiario, en materia de subvenciones, respecto a los sistemas de concesión directa previstos en la legislación vigente"...; Es decir que si estamos ante una subvención directa no cabe acudir al convenio como cauce para la misma.

"En aquellos supuestos en que, a juicio del informe a que se refiere el artículo 6.1.b) del presente decreto, no se considere suficientemente justificada la oportunidad y conveniencia de la suscripción, será el Gobierno Valenciano, a propuesta de la conselleria o entidad interesada, el órgano competente para apreciarla...".

El artículo sexto, recoge la exigencia de elaborar una serie de informes y al respecto dispone que: todos los convenios y acuerdo de cooperación a los que se refiere el presente decreto requerirán, con carácter previo a su suscripción, dos informes que deberán acompañarlos en su tramitación hasta la suscripción:

a) Uno de carácter preceptivo, del secretario general u órgano asimilado de la entidad afectada, sobre los siguientes extremos:

- Adecuación de la periodificación y previsión del gasto, si lo hubiere, a lo realmente ejecutable.
- Adecuación de su contenido a los objetivos y acciones del programa con cargo al que se ejecute.
- Cumplimiento de las previsiones recogidas en los artículos 2.2 y 7.3 y 4 del presente decreto.
- Aspectos jurídicos del convenio y cumplimiento de los trámites de carácter preceptivo.

b) Otro, preceptivo igualmente, que emitirá la intervención delegada correspondiente, en el supuesto de que se derivasen obligaciones económicas para la Generalitat Valenciana o sus entidades autónomas, sobre los siguientes extremos:

- Existencia, en el ejercicio en curso, de crédito presupuestario adecuado a la naturaleza económica de las obligaciones.
- En el supuesto de convenios o acuerdos de alcance plurianual, su adecuación a la normativa vigente en la materia.
- Adecuación de la fórmula de pago a la legalidad vigente.
- En el caso de convenios a suscribir con personas físicas o jurídicas privadas, adecuación de los mismos a lo previsto en el artículo 5.2 del presente decreto.

2. Igualmente requerirán informes de la misma naturaleza las modificaciones del convenio que afecten a cualquiera de los apartados anteriores.

3. En el supuesto de que la suscripción del convenio implicase una previa modificación presupuestaria, los informes a que se refiere el apartado 1 del presente artículo formarán parte del correspondiente expediente de modificación presupuestaria...".

Finalmente, en cuanto al convenio de los Juegos Europeos además de la normativa autonómica Valenciana antes citada, ha de tenerse en cuenta la ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

*QUINTO.-Examen concreto de cada uno de los convenios de colaboración a los que se refiere el auto apelado suscritos entre las entidades públicas intervinientes y el Instituto Noos o la Fundación Deporte Cultura e Integración Social (FDCIS), así como el relativo a la Preparación de los Juegos Europeos y contrato de patrocinio con el equipo ciclista entre Fundación Illesport y ABARCA Sport y contrataciones vinculadas a dicho patrocinio: creación de una oficina proyecto y el seguimiento del equipociclista.*

*a) Convenio de colaboración entre CACSA (Sociedad Anónima Ciudad de las Artes y las Ciencias), Fundación Turismo Valencia Convention Bureau (FTVCB) Y EL INSTITUTO NOOS.*

Se trata del convenio suscrito en fecha 8 de noviembre de 2004. Hubo dos ediciones más firmándose sendas adendas (3 de octubre de 2005 y 8 de mayo de 2006).

Desde el punto de vista subjetivo no parece haber duda que dicha contratación se hallaba sujeta a la normativa de contratos públicos, por cuanto CACSA se trata de una entidad pública perteneciente a la Generalitat Valenciana, siendo la Generalitat su único socio. Asimismo la FTVCB, aunque sus estatutos establecía que se trataba de una fundación de naturaleza privada, lo cierto es que en la medida en que el Ayuntamiento de Valencia ostentaba mayoría de votos en el Patronato, actuando de Presidenta de Honor la Alcaldesa de Valencia y como Presidente el Vicealcalde Sr. Oscar , así como porque la dotación anual de fondos provenía de forma mayoritaria del Ayuntamiento y porque la gestión era llevada a cabo por el Director de la Fundación nombrado por el Ayuntamiento y así se consideraba por los restantes miembros del patronato, aunque éste estaba integrado también por entidades privadas como la confederación de empresarial Valenciana, la Cámara de Comercio de Industria y Navegación y la Feria de Valencia, vinculada al Consistorio, la verdadera naturaleza jurídica de dicha fundación era pública y por tanto sujeta a la normativa de contratación pública.

La naturaleza pública de la FTVCB, vino siendo reconocida por el Tribunal de Cuentas a la hora de clasificar la fundación y obra en las actuaciones un informe de la Intervención General del Estado que en coincidencia con el informe del TC considera también que en la fecha de los hechos la FTVCB era una fundación de interés público. Ostentaba además en 2009 dicha clasificación por la Intervención General del Estado en aplicación del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria. Sino hubiera sido así no se explica la razón por la que en noviembre de 2009 se procedieron a modificar los estatutos de la Fundación con el objeto de que el peso del Ayuntamiento de Valencia en el patronato dejase de ser mayoritario y lograr así que la calificación de la Fundación variase y por eso a partir de la modificación operada en sus estatutos el 26 de noviembre de 2009, es cuando esta fundación es considerada una unidad institucional bajo control privado.

Ciertamente, la firma del primer convenio de colaboración tuvo lugar antes de que por el Real Decreto Ley 5/2005, de fecha 11 de marzo (vigente desde el 15 de marzo) de 2005, de Reformas Urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública se modificase la Ley de contratos del sector público, equiparando a las fundaciones de interés público a las sociedades mercantiles públicas, pero como hemos expuesto más arriba en aplicación de la normativa comunitaria, la FTVCB venía obligada a respetar la normativa de contratos y, en todo caso, como firmante del convenio de colaboración tenía que saber que dicha normativa tenía que ser respetada, toda vez que en la firma del convenio de colaboración intervenía, haciendo una aportación económica o canon idéntico al suyo, una entidad mercantil pública que venía inexorablemente obligada a cumplir la normativa de contratos.

De lo que no hay ya duda es de que cuando se firman las adendas al contrato y se acuerda la celebración de la segunda y tercera edición del Valencia Summit (octubre de 2005 y mayo de 2006), ya se había modificado la Ley de contratos y que a partir de ese momento las fundaciones de interés público en las contrataciones que tuviesen por objeto alguno de los previstos entre los contratos administrativos: obras, servicios, consultoría...etc, quedaban sujetas al procedimiento de contratación administrativa y por tanto debía de respetar los principios de concurrencia competitiva.

En cuanto al objeto de los contratos de colaboración suscritos entre CACSA, FTVCB y NOOS, aparentemente se trata de la celebración de unos eventos o congresos internacionales sobre ciudad y deporte. Al margen de que con ello se quiera publicitar y dar a conocer la ciudad de Valencia con ocasión de habersele adjudicado a la celebración de la 32 Copa América de vela, parece obvio que el objeto del contrato consistía en la prestación de un servicio consistente en la organización del citado congreso. Se titula contrato de

colaboración, pero en verdad no se describe cual sería la colaboración que para la celebración del evento iban a efectuar las entidades públicas intervinientes. En verdad el único compromiso al que se obligan los entes administrativos instrumentales que firman el convenio era realizar una aportación económica de 552.000 euros, IVA incluido, cada una de las dos entidades (en total 1.044.000 euros). Es significativo que la aportación realizada se denomina canon, término típicamente administrativo que se suele utilizar en el ámbito de las concesiones públicas. Conviene precisar que los gastos de organización, estancias y viajes se facturaban aparte y que existía el compromiso por parte de NOOS de que se reduciría la aportación económica de los entes públicos contratantes en la medida en que se sumasen a la colaboración patrocinadores ajenos a las administraciones instrumentales intervinientes. A pesar de que hubo otros patrocinadores, NOOS ocultó este extremo y no dedujo tales aportaciones al citado canon.

Se sostiene por la mayoría de las defensas que estamos ante un contrato de patrocinio y no ante un contrato administrativo con lo cual no era necesario acudir al procedimiento de contratación.

A este respecto cabe recordar que la regla de exclusión en la aplicación de la normativa de contratos, cuando uno de los sujetos que interviene es una administración o un ente administrativo público sujeto al derecho privado, es restrictiva y que solo se pueden eludir las normas de la contratación que rigen los contratos administrativos en aquellos casos en los que el objeto del contrato no encaja entre los típicamente administrativos. Como hemos dicho antes, el encargo de la organización de un evento no es más que una prestación de servicios. Si el contrato hubiera sido de patrocinio el patrocinado recibiría una determinada prestación simplemente para publicitar durante la celebración del evento la imagen del patrocinador, pero en este caso, tal y como explica el Juez a quo, el aporte económico iba dirigida a sufragar el coste del proyecto mismo y no a promocionarlo.

Al margen de ello y aunque a efectos dialécticos se pudiera sostener que el contrato pudiera ser mixto o que fuera discutible su calificación jurídica, lo cierto es que antes de su suscripción por parte de los responsables de los entes de contratación se deberían de haber pedido los correspondientes informes suficientemente motivados a fin de que quedase constancia de extremos tales como: la necesidad y conveniencia de llevar a cabo la colaboración, que la misma pretendía un interés público que justificase la concertación, la legalidad de la misma y las razones por las que no era preciso cumplir la normativa de contratos, el modo en como se había determinado el pago del canon y que objeto tenía, cómo debía de justificarse el gasto y los costes por parte del patrocinado, la forma en que se había de controlar el cumplimiento del contrato y la aplicación de la dotación efectuada por las entidades públicas; y, de modo específico y por último, las razones por las que no era necesario respetar los principios de concurrencia, publicidad y sobre todo el por qué dicho convenio debía de adjudicarse a NOOS y no a otra entidad distinta.

La normativa que al respecto rige en la Comunidad Valenciana, aunque vaga e imprecisa en algunos aspectos, no dejaba lugar a dudas. Eran necesarios informes económicos y jurídicos previos, tanto sobre el gasto como sobre la legalidad de la contratación, estableciendo que la regla general es que la contratación ha de verificarse conforme a las normas de procedimiento administrativo a no ser que la naturaleza del contrato impida la concurrencia competitiva. Además, en este caso intervenía una sociedad mercantil propiedad exclusiva del Gobierno Valenciano y era necesario un acuerdo del Consell de Gobierno, acuerdo que no se tomó y que no puede estimarse suplido por la mera firma del convenio.

Con todo, y como luego se verá al analizar los recursos, la presunta prevaricación no se justifica únicamente en que los convenios de colaboración para la celebración de este evento denominado Valencia Summit se suscribieran prescindiendo de las normas de procedimiento (a este respecto llama la atención al declaración del Consejero delegado de CACSA Segismundo , el cual reconoció que la firma de los convenios de colaboración para la celebración del Valencia Summit exigían cumplir las normas que rigen la elaboración de los contratos públicos y que al parecer no se respetaron), sino en otros aspectos.

Más adelante nos referiremos en profundidad a las presuntas irregularidades concretas que se produjeron el proceso de contratación, a partir de las cuales es posible sostener no solo su abierta ilegalidad sino su posible consideración delictiva.

De cualquiera de las maneras, y al margen de que exista discrepancia al respecto de si este convenio encubría un contrato o en verdad cabía considerar que se estaba ante un patrocinio, ha de significarse que la propia Sindicatura de Comptes en sus informes de fiscalización de las cuentas de la Generalitat Valenciana de los ejercicios 2004, 2005 y 2006, vino a señalar, por ejemplo, en el último de sus informes: tal y como se indicaba en el informe del ejercicio de 2005, en relación al este convenio (el aquí comentado entre CACSA y Noos), se considera necesario que en el expediente quede acreditado suficientemente la necesidad del gasto,

así como las razones que motivan esta colaboración y que excepcionan de la aplicación de los Principios de publicidad y de concurrencia".

En este punto este informe de Fiscalización indica que el informe elaborado a este respecto por la entidad CACSA es de 20 de abril de 2007, por tanto, posterior a la celebración de los eventos Valencia Summit.

En cuanto al gasto comprometido por CACSA, en el informe de fiscalización se señalaba, "... ya sea de forma directa o a través de entidades colaboradoras, debe someterse a los principios de publicidad y concurrencia, justificando, en su caso, la excepcionalidad.

Tal y como expone el Juez Instructor en el auto apelado las anteriores conclusiones a las que llega la Sindicatura de Comptes en sus informes de fiscalización, en los que concluye que la entidad CACSA, en su actividad contractual, se halla sujeta a la normativa de contratos públicos tratándose de contratos administrativos típicos, han sido refrendados por la Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado, integrada en la Intervención General de la Administración General de la Administración del Estado.

*b) Convenio de colaboración para la celebración del evento Illes Balears Forum.*

En este caso no hay duda tampoco de que desde el punto de vista subjetivo la entidad firmante del convenio, Fundació Illesport, es una fundación de interés público, y que al igual que en caso de Valencia Summit, el objeto del contrato consistía en la celebración de un evento, en este caso sobre deporte y turismo.

El objeto del contrato, al igual que ocurre en el caso del Valencia Summit, parece consistir en la organización de un evento y no de un patrocinio deportivo. Este es el parecer de la Intervención General del Estado en el Informe que se le pidió y que emitió a este respecto.

De todos modos lo relevante es que, en coincidencia con lo razonado por la Sindicatura de Comptes Valenciana, era exigible la incoación de un expediente en el que quedase patente y reflejado el interés público y general que suponía la celebración de un evento de este tipo, la legalidad de la contratación al margen de un procedimiento de concurrencia y transparencia, cómo y por qué se establecía un determinado precio por la organización del evento, el cual debería de venir establecido conforme a criterios de mercado y, sobre todo, el por qué la adjudicación del contrato debía de hacerse a un determinado beneficiario - NOOS - y no a otro u otros que estuvieran en condiciones de asumir el mismo encargo y en mejores condiciones económicas. Nada de eso se hizo.

Igual que con el convenio de colaboración para la celebración del Valencia Summit, el Juez Instructor para construir el carácter presuntamente delictivo e ilícito de esta contratación no acude exclusivamente a tomar en consideración que la contratación pudo haberse realizado incumpliendo las normas de procedimiento y por órgano incompetente - ya que sostiene que la aprobación del convenio la realizó el entonces Presidente del Govern verbalmente y no fue hecha por el patronato de la Fundació Illesport -, sino por otras circunstancias que sobre las que posteriormente entraremos al examinar los distintos recursos.

*c) Convenio para la celebración de los Juegos Europeos*

En este convenio, suscrito el 23 de diciembre de 2005, entre la Generalitat Valenciana, la Sociedad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, S.A, y Noos ya se dispone que se halla sujeto a la normativa autonómica sobre convenios de colaboración que se canalizan a través de subvenciones y a la Ley Estatal general de subvenciones. El juez a quo reprocha a este convenio que por su objeto: la realización de un estudio para la organización de los primeros Juegos Europeos a celebrar en la Ciudad de Valencia, debió de haber sido un contrato.

En realidad y aún aceptando que el objeto del convenio era más propio de un contrato de prestación de servicios que el de un convenio de colaboración, más bien parece que la presunta irregularidad que rodeó su suscripción se circunscribe a que su firma se verificó sin cumplir con las exigencias de los informes previos de la Secretaría General y de la Intervención Delegada - estos informes se emitieron a posteriori, pero para firmar la adenda al contrato de fecha 25 de mayo de 2006, relativa a concretar la aportación que iba a efectuar la Generalitat, la cual ya figuraba en la propuesta inicial, pasando esta de seis a tres millones de euros -, y que en verdad dicho convenio incumplió la normativa de subvenciones, ya que como reza el propio Decreto 20/1993 de 8 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Registro de Convenios y se establece el régimen jurídico- presupuestario, el convenio será subsidiario siempre a la subvención directa y en el caso presente en realidad aparentemente estamos ante una subvención directa, la cual tendría que venir aprobada nominativamente en los presupuestos generales de la Comunidad Valenciana o por Ley del Parlamento

Valenciano. En lugar de eso, se aprueba una dotación presupuestaria a favor del Instituto Noos, corriendo a cargo de la entidad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, S.A, la fiscalización de la subvención concedida.

Al igual que ocurre en el caso de CACSA, si bien antes de firmar la adenda al convenio - a los solos efectos de reducir el compromiso de pago de la Generalitat para el proyecto de 6 a 3 millones de euros - se emiten informes jurídicos, nada se dice al respecto de la regularidad de la forma elegida para la concertación, ya que su objeto es propio de una prestación de servicios o de una consultoría, y no de una subvención y esta, tal y como hemos dicho, podría contravenir la Ley General de Subvenciones y lo dispuesto en el Decreto 20/93, ya que el convenio contempla en realidad una subvención directa, que excluye la justificación de la concurrencia competitiva en la elección del beneficiario de la subvención, dato importante si se tiene en cuenta el importe comprometido y la ausencia de elementos que permitan conocer qué criterios se siguieron para la fijación del importe de la subvención y por qué esta se concedía a Noos y no a otro beneficiario. El acuerdo del Consell de Gobierno a la hora de explicar el objeto del convenio nada dice al respecto de las razones por las que se elude la concurrencia competitiva en un proyecto tan ambicioso, ni tampoco el por qué se elige como vía para canalizar el convenio una subvención directa al Instituto Noos, fijando una aportación del Govern muy elevada que habría requerido el cumplimiento de los presupuestos de publicidad y transparencia en la elección del beneficiario.

De todos modos, el juez a quo en el auto apelado no atribuye responsabilidad alguna a los responsables de las entidades firmantes del convenio y sí, en cambio, a los Sres. Balbino y Alfonso, a quienes les imputa sumariamente la comisión de un presunto delito de estafa (extensible también al resto de los eventos y convenios suscritos con base a que para la firma de estos convenios se habrían valido como engaño típico para eludir las normas de contratación, de la utilización de una entidad que se publicitaba y figuraba inscrita como entidad sin ánimo de lucro, cuando en realidad operaba como un entramado societario o grupo de entidades dirigidas a la obtención de lucro ilícito), por cuanto percibieron a cuenta de la preparación de estos Juegos una factura librada por la entidad mercantil Lobby & Comunicación por importe de 241.971,30 euros con cargo a la oficina proyecto, que según explica la Agencia Tributaria se trata de trabajos no realizados o hechos con corta y pega de internet, y gastos varios no justificados - sumando estos conceptos y la factura anterior la cantidad de 382.203,70 euros -, además de que se intentaron cobrar una serie de certificaciones emitidas por Braulio - encargado de la facturación del grupo NOOS -, que fueron rechazada por no estar justificadas y en algunos casos porque contenían conceptos duplicados.

d) *Convenio de colaboración entre la Fundación Madrid 16 y la Fundación Deporte Cultura e Integración Social.*

Este convenio que fue suscrito el 7 de octubre de 2007, tanto subjetivamente considerado por la naturaleza pública de la Fundación Madrid 16, ya que en la misma participan tanto la Administración General del Estado a través del Consejo Superior de Deporte, como la Comunidad y el Ayuntamiento de Madrid, aunque también forma parte de su patronato el COE y otras entidades privadas, como por qué la dotación provenía de dinero del Ayuntamiento de Madrid, se trataba de una fundación de interés público. Además la Fundación era propietaria a su vez de la sociedad Madrid 16 SAU, perteneciente el Ayuntamiento. El cuanto a su objeto, al ir dirigido éste a la contratación de la Fundación para la prestación de servicios consistentes en promocionar entre miembros del Comité Olímpico Internacional la candidatura de Madrid 16, como ciudad que se postulaba para la celebración de los Juegos Olímpicos del 2016, sería un contrato de prestación de servicios en el área de comunicación que habría requerido el cumplimiento de los requisitos de publicidad y concurrencia, sobre todo en lo atinente a las razones que justificaban la contratación de la Fundación y no en cambio de otro beneficiario que perfectamente podría haber sido el COE, integrante del Patronato.

Este convenio se suscribió sin cumplir norma alguna de procedimiento. Sucede, además, que el objeto del contrato - que era vago e impreciso en su formulación - quedó pendiente de concretar en un convenio específico posterior en el que habría que detallarse el tipo de colaboración que habrían de llevar a cabo las partes, pero que no llegó a firmarse.

Según se argumenta por el Juzgador, si bien el objeto que figuraba en el contrato era uno, en la realidad lo que se concertó fue un servicio de Lobby de presión sobre los miembros del COI con el propósito de trasladarles las bondades de la candidatura de Madrid 16, procurando así su apoyo y adhesión.

A cambio de estos servicios, que podrían calificarse de comunicación o información, la Fundación Deporte Cultura e Integración Social obtuvo un donativo durante aproximadamente dos años de 6.000 euros

mensuales, sin que en el expediente se justificasen en modo alguno las labores de comunicación y servicios realizados para potenciar la candidatura entre los miembros del COI.

Tal fue la falta de justificación de estas disposiciones denominadas donativos, que a raíz de una intervención parlamentaria a cargo de un representante del partido UPYD, el Delegado del Área de Gobierno de las Artes del Ayuntamiento de Madrid dirigió un escrito a la Fiscalía General del Estado denunciando en enero de 2013, las presuntas irregularidades cometidas a la hora de suscribir este convenio a cargo de la Fundación Madrid 16 y pago a la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social de la suma de 120.000 euros, en concepto de donativo sin justificar.

*e) Contrato de patrocinio de la Fundación Illesport y ABARCA SPORT.*

Ciertamente el objeto del contrato queda fuera del ámbito de la normativa de contratos por tratarse de un contrato de patrocinio sujeto a la Ley General de Publicidad, pero el Juez a quo duda de la legalidad de dicho contrato, en tanto en cuanto el mismo podría surgir y obedecer a la influencia ejercida por Alfonso sobre el entonces Presidente del Govern Balear y de la Fundación Illesport, Sr. Blas, a través del Director General de Deportes del Govern Balear.

De facto, el mismo día que se firmó dicho convenio Noos Consultoría - empresa del Grupo Noos - suscribió un contrato con Abarca Sport para encargarse de la promoción del equipo ciclista. En dicho contrato ya se indicaba, sin que ni siquiera se hubiera suscrito el contrato de patrocinio, que de la suma establecida por esa promoción, 200.000 euros, el 75% sería sufragado por la Fundación Illesport.

f) Finalmente, en el auto se hace referencia a los contratos suscritos entre la Fundación Illesport y el Ibatur, que guardan relación con el patrocinio del equipo ciclista y que tenían por objeto la creación de la Oficina del Proyecto y el seguimiento del Equipo Ciclista por parte de la entidad SOFRES.

El Juez Instructor considera que estos contratos se verificaron ajenos a cualquier concurrencia y sobre todo porque la adjudicación se habría verificado sin que constase que Noos Consultoría tuviera derechos de exclusiva. A este respecto constan las actuaciones que el Ibatur disponía y conocía el borrador del contrato entre Abarca y Noos Consultoría, pero la ilicitud de esta contratación, atendiendo al relato que contienen el auto recurrido, obedecería a que traería causa de un contrato de patrocinio cuya celebración habría sido fruto de la influencia ejercida sobre el Presidente del Govern Balear para patrocinar el equipo ciclista, así como y por petición expresa de Alfonso para la creación de una Oficina del Proyecto que se encargase de la promoción de dicho equipo, proyecto que asumiría NOOS consultoría. Como veremos la constatación de irregularidades en el expediente permitiría avalar esta conclusión.

*SEXTO.-Recursos formulados por cada una de las partes y respuesta concretada por la Sala.*

Para un mejor estudio sistemático y ordenado de los distintos recursos, dado que las actividades presuntamente ilícitas que narra el auto recurrido guardan relación con los distintos contratos y convenios de colaboración suscritos por el Instituto Noos o la Fundación Deporte Cultura e Integración Social con entidades y fundaciones públicas, ya de ámbito autonómico o local, analizaremos las conductas delictivas que el Juzgador considera se han podido cometer en el marco de estas contrataciones o convenios y la intervención que en las mismas han podido tener los imputados recurrentes y apelados, según cada caso.

Una vez estudiado estos extremos, procederemos al examen de los recursos interpuestos por los hermanos Braulio y Victoriano, encargados del área contable y financiera del grupo Noos, a los cuales el Juzgador les atribuye haber cooperado con los Sres. Alfonso y Balbino en sus actividades delictivas.

Llegados a este punto estudiaremos el recurso del Sindicato Manos Limpias solicitando la imputación de otros trabajadores del Noos como Lucas y de Urbano como presunto autor intelectual de la estructura fiduciaria extranjera.

Dejaremos para el final la respuesta a los recursos interpuestos por Balbino y su esposa Laura y el de Alfonso y Eva, trayendo a colación el recurso del Ministerio Fiscal y las alegaciones hechas por la Abogacía del Estado.

Para terminar haremos unas consideraciones finales.

Al hilo de ir comentando estos recursos iremos dando respuesta a los recursos interpuestos por las Acusaciones populares, algunos de los cuales entroncan con la celebración de determinados eventos, ya que se solicita se amplíen las imputaciones a otras personas que se considera han podido participar activamente en dichos contratos, con comportamientos presuntamente delictivos y con trascendencia penal. Mención aparte,

y cuando tratemos el recurso de Eva , traeremos a colación la solicitud de Manos Limpias de que se deje sin efecto el sobreseimiento acordado respecto de Don Roberto , secretario de Eva .

En primer lugar, nos referiremos al contrato de patrocinio celebrado por la Fundación Illesport y la entidad Abarca Soprts, así como vinculado con dicho patrocinio la creación de la oficina del proyecto y el seguimiento mediático del equipo ciclista.

De acuerdo con el auto apelado el principal responsable y artífice de esta contratación habría sido el entonces Presidente del Govern Balear y Presidente a su vez del Patronato de la Fundación Illesport Don Blas . A tenor del planteamiento del Juez a quo todas estas contrataciones tendrían causa en la voluntad del Sr. Blas que habría venido determinada o inducida por la influencia ejercida por el yerno del Rey Norberto , don Alfonso . La persona que habría actuado de gancho o de contacto para lograr esa influencia y que actuó como intermediario para recomendar al Sr. Alfonso y a sus empresas habría sido el que fuera Director General de Deportes del Govern Balear Don Estanislao .

La razón de esa presentación obedecía a que Alfonso y Estanislao (conocido coloquialmente y entre sus conocidos por Largo ) eran amigos por haber convivido juntos en la RESIDENCIA000 de Barcelona, dada su condición de deportistas de élite y por haber coincidido los dos en distintas Olimpiadas. Alfonso como miembro del equipo olímpico español de balonmano y Estanislao como integrante del equipo de vela.

Describe el auto apelado, como Estanislao en el verano de 2003 comenta al Sr. Blas la oportunidad y conveniencia de patrocinar al equipo ciclista Banesto, y como también en septiembre de ese mismo año se produjo el encuentro en el Palacio de Marivent entre Alfonso , Blas , Estanislao y una cuarta persona, amenizado con un partido de pádel, siendo entonces cuando Alfonso traslada a Blas la propuesta de promocionar el equipo ciclista Banesto y de crear la oficina proyecto como instrumento para promocionar la contratación del equipo ciclista, siendo su empresa Noos Consultoría la que podría desarrollar y ejecutar dicho proyecto. Comenta el Juez que aunque el contrato de patrocinio fue suscrito por la Fundación Illesport y aprobado por su patronato. Se trato de una decisión personal del Sr. Blas , el cual habría cedido a la influencia que sobre él y con relación a esta contratación habría ejercido el Sr. Alfonso , auxiliado por la intermediación de Estanislao , atendida la vinculación de amistad existente entre los dos.

En el ámbito de este patrocinio se habría acordado la creación de la Oficina Proyecto y aunque también la decisión de la puesta en marcha de esta oficina se acordó por la Comisión Ejecutiva de la Fundación Illesport el 12 de enero de 2004, se trataría igualmente de un contrato que Blas se habría dispuesto conceder a Noos Consultoría, a raíz de la conversación mantenida con Alfonso que tuvo lugar en el Palacio de Marivent, que habría sido quien le trasladó la idea del patrocinio del equipo ciclista y de la creación de la oficina proyecto.

En cuanto a la organización del evento Illes Balear Forum a cargo de la entidad Instituto Noos, El Juez considera igualmente que dicho convenio de colaboración estaría teñido de ilegalidad por cuanto de nuevo habría sido fruto de la influencia ejercida por los Sres. Alfonso y Balbino y a tal efecto antes de su firma se habría celebrado una reunión en el Consulat de la Mar, al que habrían asistido junto al Sr. Blas los Sres. Balbino y Alfonso . En dicha reunió el presidente Blas habría dado el visto bueno y su aprobación a la celebración de dicho evento.

La firma de este convenio, suscrito el 17 de julio de 2005, habría venido precedida de un acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Fundación Illesport de 30 de mayo, pero se trataría de una mera formalidad, ya que el convenio ya había sido verbalmente acordado.

Ciertamente, examinando las circunstancias que rodearon este convenio y la contratación del patrocinio del equipo ciclista son varios los indicios que apuntan a la aparente ilegalidad de estos contratos y a la posibilidad de su trascendencia penal y ello es así por cuanto:

a)La idea del patrocinio y de la celebración del evento Illes Balears Forum, no nace de la entidad pública contratante ni de sus responsables, sino que es fruto de contactos y reuniones previas que además son propiciadas por el Director General de Deportes del Govern Balear, amigo personal del Sr. Alfonso .

b)Esos primeros contactos son seguidos de reuniones que mantienen el Sr. Blas e Alfonso y en un entorno (el palacio de Marivent, residencia de verano de la Familia Real) que podría calificarse de inadecuado para que se tratasen asuntos de negocios y en los que estaba interesado el propio Alfonso .

c)El mismo día que se firma el contrato de patrocinio del equipo ciclista Banesto, el 27 de noviembre de 2003, con un coste comprometido para las arcas públicas de 18 millones de euros, distribuido en tres ejercicios económicos, junto con otros gastos, Noos Consultoría suscribe con la entidad ABACA SPORTS ( Arsenio )

propietaria de los derechos sobre el citado equipo, un contrato para promocionar su imagen. En dicho contrato ya se especificaba que el 75% del precio establecido correría a cargo de la Fundación Illesport, que ni tan siquiera había entonces aprobado la creación de la Oficina Proyecto, la cual tenía por objeto promocionar la imagen del equipo ciclista.

d)El patrocinio del equipo ciclista efectivamente se trata de una contratación que por el objeto mismo del contrato no precisaba cumplir con la exigencia de la concurrencia competitiva y someter dicha contratación a concurso, pero sí precisaba que la fundación Illesport al aprobar dicho patrocinio explicase motivadamente las razones que justificaban dicha contratación, en cuanto a su conveniencia y necesidad para los intereses públicos, así como el por qué del importe acordado para ese patrocinio y la posibilidad de hacer frente a su pago; y a este respecto era claro que la fundación Illesport no disponía de fondos para ello por cuanto hubo de solicitar una aportación económica a cargo del Consell de Gobierno para suscribir dicho convenio (la petición se produjo en Junta de fecha 19 de noviembre y el acuerdo del Consell de Gobierno es del día 21 de noviembre).

e)Ocurre sin embargo que los componentes del Patronato de la Fundación Illesport han declarado que la reuniones de dicho patronato y de la Comisión ejecutiva eran una mera formalidad, ya que las decisiones que se hubieran de adoptar ya habían sido tomadas de antemano y las trasmitía el propio Sr. Estanislao siguiendo las instrucciones y lo acordado con el Presidente de la fundación. A este respecto es de significar que a través de la declaración prestada por los testigos patronos se ha venido en conocimiento de que la mayor parte de las reuniones que constan celebradas en las actas extendidas en prueba de su realización no se llevaron a cabo, y, si lo fueron, fue para ratificar una decisión que ya había sido adoptada verbalmente por el Presidente de la Fundación y el de la Comisión Ejecutiva el Sr. Estanislao, en tanto él era quien trasladaba a la Fundación los deseos del Sr. Blas

f)Se añaden a estas consideraciones una serie de irregularidades que rodearon la contratación de la Oficina Proyecto y del seguimiento del equipo ciclista:

- Illesport abonó 4 facturas por importe de 177.093,72 euros con cargo a la colaboración promocional entre Illesport y Noos Consultoria, que fueron abonadas por el Director de la Fundación, Don. Apolonio, sin que se hubiera incoado expediente al respecto y tampoco sin que conste existencia documental del destino del gasto realizado. Ha de tenerse en cuenta que en el acuerdo de la Comisión Ejecutiva que se decide aprobar la creación de la Oficina del Proyecto no se hace constar la entidad beneficiaria del mismo.

- Ibatur abona dos facturas por colaboración en imagen promocional del equipo ciclista consistentes en elaboración de página web y por diseño, elaboración, suministro y distribución del equipo ciclista. El abono de ambas facturas, cuyo pago es informado favorablemente por el Jefe del departamento, existiendo resolución favorable al mismo a cargo del Gerente del Ibatur (el Sr. Edmundo), se justifica con base a un derecho de exclusividad que Noos Consultoría tenía concedido para la explotación de la imagen del equipo ciclista, que no constaba en el expediente acreditado documentalmente, existiendo únicamente un pos-it que aludía a tales derechos de exclusividad.

- En enero de 2004, se firma un contrato de seguimiento mediático del equipo ciclista Banesto Illes Balears, entre la Fundación Illesport y la entidad Sofres Audiencia de Medios (TNS Media Inteligencia). Con antelación a suscribir este contrato Apolonio (Gerente de la Illesport), recibe de Alvaro (trabajador de Noos), tres presupuestos desde un mismo fax, indicando a Apolonio que el presupuesto que hay que aceptar es el de TNS Media Inteligencia por importe de 47.000 euros más IVA..." Apolonio te mando presupuesto de SOFRES". Dicho presupuesto es finalmente aprobado, los otros dos presupuestos, como se ha dicho, fueron remitidos al Sr. Apolonio desde el mismo fax y fueron elaborados por las entidades del grupo Noos: Virtual por importe de 58.000 euros y AIZOON por 60.000 euros. Estos dos presupuestos fueron enviados por Alvaro a petición del propio Apolonio para cubrir el expediente, puesto que la adjudicación estaba ya concedida a TNS Media a solicitud de Noos Consultoría y a petición suya según se desprende de los faxes que obran en la causa, lo que incide en que ésta operaba con un trato de favor en Illesport.

Por lo que se refiere al evento Illes Balears Forum, la ilicitud de su contratación y posibilidad de que la misma fuera fruto de la influencia ejercida sobre Blas y que se tratase de una decisión personal suya sin consideración al interés general (y buscada con el único propósito de agradar al Sr. Alfonso a la Casa Real, por ser esta institución la que parecía estar interesada en los proyectos, al formar parte del órgano de dirección del instituto Noos el propio Sr. Alfonso y su esposa Eva, así como su secretario personal), hay que examinarla teniendo en consideración que la realización de dicho evento tuvo por antecedente próximo el contrato de patrocinio del equipo ciclista Banesto y por tanto los previos encuentros y entrevistas entre el Sr.



Alfonso y Blas, favorecidos por la intercesión del Director General de Deportes, el cual además ostentaba el cargo del Presidente de la Comisión ejecutiva de la Fundación Illesport.

Como hemos visto la suscripción del referido contrato de patrocinio se halla teñida de dudosa legalidad, al margen de que la contratación no precisase de observar el cumplimiento del requisito de concurrencia.

Con independencia de que el convenio de colaboración surge y nace precedido de un contexto dudoso de concertación entre Noos e Illesport y entre la fundación y la entidad ABARCA, y de ésta con Noos Consultoría, con la que había firmado un contrato promocional que, al fin y a la postre, presumiblemente, no era otra cosa que el pago de una comisión por influir en el patrocinio, existen datos e indicios que avalan que el convenio de colaboración suscrito para la celebración del evento Illes Balear Forum y de su segunda edición, pudo ser delictivo, ya en su origen, al nacer la voluntad de contratar no del interés de la administración, sino de la arbitrariedad de quien actuó como órgano de contratación y, en consecuencia, fue fruto de un fraude a la administración como titular de los fondos públicos de los que se nutría la fundación.

Nuevamente existen elementos indiciarios que apoyan esta sumaria conclusión tales como: a) Que para llevar a cabo la realización de estos eventos se utilizó la fórmula del convenio de colaboración huyendo del contrato administrativo, cuando por el objeto que pretendía dicha concertación se trataba de la prestación de un servicio y no de un contrato de patrocinio; b) que dicho convenio, al menos el primero, no vino precedido de informes jurídicos y de gestión, en los que se hiciera constar de forma motivada cuales habían sido los criterios para la determinación del precio convenido y si éste se fijó en consideración a valores de mercado o se dejó a la voluntad de la entidad organizadora cuál era el interés público de la Administración autonómica que aportaba los fondos a la fundación que justificaba la realización de estos eventos, sobre todo el segundo, ya que se requería un seguimiento del primero de sus costes reales y el por qué no era preciso cumplir las normas de contratación pública, así como y especialmente, cuáles eran las razones de oportunidad y conveniencia que justificaban la no aplicación de los principios de objetividad y concurrencia en la elección de la entidad beneficiaria del convenio, o, lo que es igual, la imposibilidad de que la contratación fuera adjudicada a otra entidad que pudiera cumplir el mismo encargo y que lo hiciera a un coste más económico, más ventajoso; c) el hecho mismo de que el propio Director General de Deportes haya manifestado que esta contratación y la del patrocinio del equipo ciclista fue una decisión tomada personalmente por el Presidente del Govern y de la fundación Illesport, lo que vendría confirmado y ratificado por otros miembros de su Gobierno que a la sazón eran a su vez integrantes del Patronato de la Fundación, órgano que era el que legalmente tenía la facultad para celebrar estos convenios y que han manifestado que la mayoría de las reuniones del Patronato no se celebraban, ya que eran meramente formales porque las decisiones ya venía adoptadas de antemano a través de Presidencia y que era el Sr. Estanislao quien en representación del Sr. Blas, por ser Presidente de la Comisión Ejecutiva de la Fundación, las trasladaba al Patronato y éste se limitaba a ejecutar y cumplir tales decisiones, si bien en la mayoría de las ocasiones ni siquiera las reuniones llegaron a tener lugar; d) Dato importante a tener en cuenta es, también, y en relación a la celebración de la segunda edición del evento Illes Balears, que la firma de este convenio y su aprobación por la comisión ejecutiva estuvo precedida de actas denominadas "de contacto" entre Estanislao y Balbino, en las que se acordaron y materializaron pagos a cuenta de la celebración de la segunda edición del Illes Balears Forum, asunto que ni siquiera había sido tratado en la Comisión Ejecutiva de Illesport que acordó la firma de un nuevo convenio y aunque en este caso existe un informe jurídico en el que se quiere justificar la suscripción de este convenio en razones de patrocinio y promocionales para las Illes Balears en razón a que se trataba de la organización de unos encuentros internacionales sobre Deporte y Turismo, dicho informe jurídico no aparece firmado y la única persona que podría haberlo hecho que era el Jefe del departamento de la fundación Illesport negó su autoría.

Estamos ya en situación de proceder al estudio del recurso interpuesto por la representación de Don Blas, en el momento de los hechos President del Govern Balear y de la Fundación Illesport (Recurso número I). Este es el único recurso que guarda relación con este convenio de colaboración, con el patrocinio del equipo ciclista, la creación de la Oficina proyecto y del contrato suscrito con SOFRES, para el seguimiento del citado equipo.

En esencia, éste y al igual que otros recursos dirigidos a atacar la ilicitud del Convenio de colaboración para la celebración del evento Valencia Summit, pivotan sobre la afirmación de que estas concertaciones por razón de su objeto, el patrocinio deportivo, se hallaban excluidas del cumplimiento de la normativa de contratos públicos.

Ciertamente que ello pudiera ser discutible, más como hemos explicado más arriba la presunta ilicitud de las contrataciones no procedería, única y exclusivamente, del incumplimiento de las normas de procedimiento, sino en que tales convenios y los de patrocinio, y los que por razón de este llevaron a contratar a Noos

Consultoría, no fueron fruto de la voluntad de la entidad administrativa contratante, ni de la Administración que dotaba de fondos a aquella, sino que nació de la voluntad personal y política del Presidente de Gover pudiendo constituir ello un acto de desviación o de abuso de poder.

No olvidemos que la jurisprudencia construye la prevaricación, entendida como resolución administrativa injusta dictada a sabiendas de su injusticia, tanto en situaciones en las que la decisión es clamorosamente contraria a la legalidad y a su correcta interpretación, como aún respetando las normas y procedimientos, se utilizan estos y aquéllos para encubrir una resolución injusta y desviada que no es fruto o manifestación del interés general, sino particular.

En efecto, la arbitrariedad, según reiterada doctrina jurisprudencial, puede manifestarse, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder, o dicho de otra manera, puede venir determinado por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento, si se ha dictado por órganos incompetentes, si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento y desprecio de los intereses generales ( STS 755/07 y 49/10).

En referencia a la desviación de poder como manifestación de una decisión prevaricadora dice la doctrina que se ejerce arbitrariamente el poder, proscrito por el artículo 9.3 de la CE, cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad ( STS 861/08, de 15 de diciembre y 49/10, de 4 de febrero).

Pues bien, ya hemos comentado que la existencia de encuentros previos y ociosos entre el Sr. Blas y el Sr. Alfonso precedieron a la celebración de estos contratos y eventos; que la idea de llevar a cabo estos contratos y concertación no surgió de la entidad administrativa contratante, que para la realización de estos contratos se utilizó una administración instrumental en lugar de recurrir a la Consejería correspondiente, lo cual favorecía que no hubiera control previo del gasto, ni informes jurídicos serios a cargo de funcionarios de carrera, que dicha administración era presidida por el propio Sr. Blas y en la que formaban parte como patronos personas integrantes de su administración autonómica y por tanto de su confianza, que no existieron informes jurídicos previos para justificar estos contratos y realización de los eventos y, sobre todo, no se hicieron estudios para cuantificar el coste de los mismos y las razones por las que se elegía a una determinada empresa beneficiaria y no a otra - extremo muy importante si se tiene en cuenta que no se tomaron en cuenta criterios de mercado u objetivos para la determinación del precio -, lo que sugiere que vino impuesto desde el Instituto Noos, existiendo razones para sospechar que dicho precio en modo alguno fue objeto de discusión teniendo en cuenta el perfil del Presidente del Instituto y de las personalidades que formaban su órgano de dirección. Sin olvidar que no existió seguimiento de los eventos en cuanto a la fiscalización del gasto y prueba de ello son los informes de la Agencia Tributaria con relación a la facturación y cantidades pendientes de justificar, sin olvidar que la persona encargada de la llevanza de la facturación del entramado Noos, Braulio, ha reconocido que estaba manipulada para justificar el sobrecoste de los eventos, manifestación que confirma las conclusiones de la Inspección de Tributos.

El Sr. Blas insiste en que se limitó a dar le visto bueno a una contratación, pero que no era su cometido vigilar el cumplimiento de las formalidades legales, ni estaba en condiciones por tanto de conocer cuáles eran las que se debían de observar.

Se trata esta de una alegación reiterativa en responsables políticos. No negamos que en el ámbito de la administración existen parcelas que no pueden ser objeto de control por los tribunales, ya que en las decisiones administrativas siempre existe un margen de discrecionalidad. Pero una cosa es que el responsable político vea con buenos ojos un proyecto y otra que antes de autorizar el mismo o dar órdenes para su realización exija y requiera de sus subordinados y responsables del área que corresponda los informes necesarios, tanto jurídicos como económicos, que avalen la viabilidad del proyecto, su conformidad con la normativa aplicable, cuidando de que se fije el importe del gasto comprometido y se asegure de que el mismo va a ser fiscalizado. Solo entonces cuando se dispone de la información necesaria y no antes, es decir, cuando se cumple la legalidad, es cuando la decisión política ha de tomarse.

Constituye fácil recurso escudarse en los técnicos y subordinados para atribuir a éstos el error en las decisiones. Sin embargo, estas han de ser no solo voluntarias sino informadas y ajustadas a la legalidad, más aún cuando tienen por objeto el compromiso de fondos públicos y para su gestión se acude a la utilización de instrumentos, que si bien pueden ser útiles en casos muy concretos, como son los convenios de colaboración

(imaginemos un convenio de colaboración entre el GovernBalear y la Universidad de las Illes Balears para impartir un curso de derecho Civil foral, que aparece justificado que para su realización no resulte necesario un concurso público), en muchas ocasiones se abusa de ellos para eludir las normas de contratación públicas permitiendo que los conciertos que haga la administración a través de estos entes instrumentales se verifiquen sin transparencia, objetividad y favoreciendo a un determinado beneficiario concreto con exclusión de otro u otros.

Ocurre, además, que como ya hemos dicho al hablar de los convenios de colaboración, en muchos casos y en la medida en que la colaboración que ofrece la administración se limita a una determinada prestación económica, en verdad a través de tales convenios se encubren además de auténticos contratos públicos, que habrían exigido el respecto a los principios de concurrencia y publicidad, en realidad subvenciones públicas. Y en el ámbito de las subvenciones, también y por imperativo legal, rige la exigencia de concurrencia en la elección del beneficiario de la subvención, a menos que sea directa y para que lo sea es imprescindible que la elección nominativa del beneficiario venga establecida por Ley de la Comunidad Autónoma o aprobada en sus Presupuestos Generales, fórmula que garantiza publicidad, ya que la aprobación de tales subvenciones ha de autorizarse en los correspondientes Parlamentos autonómicos o en las Cortes, si se trata de subvenciones estatales.

Se presenta sorprendente que el recurrente alegue que actuó guiado en la creencia de que el Gerente de Illesport le alertaría sobre la ilegalidad de la contratación, pues éste argumenta que lo único que hizo fue cumplir las instrucciones de sus superiores, lo que se comprende, aunque no justifica su proceder, si se tiene en cuenta que su cargo era de designación política. No parece creíble que en ese contexto el Sr. Blas pensase que sus decisiones iban a ser cuestionadas por subordinados suyos y menos aún si estos no eran funcionarios de carrera, sino que prestaban servicios para una fundación de interés público.

Con todo, fue el Sr. Blas quien al tomar personalmente la decisión de la concertación y en las condiciones de presumible ilegalidad en que esta se verificó, que debía o pudo conocer y si no lo hizo fue por deliberada ignorancia - no le importó o no le interesó, en tanto en cuanto los fondos dispuestos no eran suyos sino de sus administrados -, generó un elevado riesgo de defraudar a la administración y puso en claro peligro la malversación de fondos públicos, tal y como al parecer pudo haber ocurrido y en este sentido han sido reveladoras los informes de la Inspección de tributos y manifestaciones por escrito que verificó el imputado Braulio , una vez concluida la instrucción referidas a los sobrecostes de los eventos.

Consciente la defensa del recurrente de que la gravedad de las imputaciones que el auto apelado vierte sobre su defendido - conocedor de que la prevaricación administrativa se halla penalizada únicamente con pena de inhabilitación y no con pena de privativa de libertad, resultando intrascendente ya la primera, puesto que su representado no ostenta en la actualidad cargo público ninguno -, se ciernen sobre los delitos de fraude a la administración, tráfico de influencias y especialmente malversación de caudales públicos, al respecto alega que este último ilícito no pudo en modo alguno haberse cometido, en la medida en que los eventos se han realizado con éxito y producido efectos beneficiosos para el interés público.

Es verdad que los eventos se organizaron pero las irregularidades habidas en la determinación de su coste y justificación del gasto y que en tales circunstancias tuviera lugar la celebración de un segundo evento, sugiere que el recurrente, por ser el que propició la ilegal contratación, al haberse plegado a la influencia ejercida sobre él por el Instituto Noos y en concreto por su Presidente el Sr. Alfonso , al no haber dado instrucciones precisas para que la contratación se verificase escrupulosamente conforme a los procedimientos establecidos, justificando la exclusión de la concurrencia y valorando la prestación de la administración conforme a valores de mercado y no a los que fijase unilateralmente el beneficiario de la contratación, concede verosimilitud a la posibilidad de que el Presidente del Govern y de la Fundación Illesport, al dar el visto bueno a dicha concertación y en las condiciones de ilegalidad en que se verificó al excluir la concurrencia competitiva y la publicidad en la elección del beneficiario, al no haberse fijado el precio conforme a criterios objetivos, sino que éste, según parece, lo habría establecido la entidad contratada, al producirse descontrol en el gasto y suscripción de un nuevo convenio sin valorar la repercusión económica y coste del anterior y su justificación, con su injusta decisión de llevar a cabo dicho contrato en tales condiciones, pudo causar fraude a la administración y propiciar en beneficio del Instituto Noos la defraudación de fondos públicos, siendo la causa de esta concertación el tráfico de influencias y no el interés público, pues para la satisfacción del interés general no habría sido necesario realizar tales eventos, o aunque fuera interesante, en modo alguno lo era en atención al coste que suponía dicha concertación que, insistimos, por la forma en que se hizo, sobre todo, en cuanto a la determinación del precio, sugiere la hipótesis que éste se dio a fondo perdido, como mero donativo o subvención.

Llama a este respecto la atención que por parte de algunas de las defensas y con relación a este extremo, se insiste en que el delito de malversación no se pudo cometer por cuanto no había obligación de justificar el precio o canon establecido para la organización del evento, dado que estas sumas se dieron en concepto de pago de honorarios o de patrocinio, sin que por ello exigieran justificación ninguna, alegación exculpatoria que en verdad incide en la idea de que aunque el objeto del contrato consistiera en una obligación de hacer - la organización de un evento promocional -, al haberse limitado la colaboración de las entidades instrumentales únicamente al pago de la prestación establecida por Noos, sin otra colaboración, esta no deja en realidad de encubrir una verdadera subvención ilegal, en tanto en cuanto en el fondo dicha subvención era nominativa, aunque este extremo se suplió utilizando el mecanismo de que la subvención se efectuaba de la administración de la que dependía la fundación o sociedad pública y de aquella iba a parar al particular.

En verdad que a cualquier espectador ajeno debería sonrojar el abuso de este tipo de entes administrativos y de los convenios de colaboración para el derroche y fácil dispendio de fondos públicos sin control, ni contable ni jurídico, siquiera imprudente (antiguamente estaba penado), cuestión que debería de llevar a reflexionar al legislador sobre la conveniencia de volver a incluir en el Código Penal la figura de la malversación por imprudencia grave, reflexión que no tiene otro alcance que el de ser una opinión obiter dicta, aunque intrascendente para lo que viene al caso, pero que no queremos dejar de apuntar si en verdad lo que se quiere conseguir por nuestros responsables políticos es atajar la corrupción e introducir criterios de transparencia y control en el manejo de fondos públicos.

La impugnación formulada por la defensa de Blas , por tanto, ha de perecer.

**SÉPTIMO.** - En el ámbito de la contratación del evento Valencia Summit suscrito en fecha 8 de noviembre de 2004 por CACSA, la FTVCB y el Instituto Noos y sus adendas de 3 de octubre de 2005 y de 8 de mayo de 2006, el Juez a quo atribuye indicios de conducta delictiva en los Directores Generales de CACSA Don. Clemente y Manuel , que fueron quienes respectivamente suscribieron el primer convenio de colaboración y la adenda de los otros dos. Asimismo atribuye posible participación en estos hechos al Sr. Amador , secretario de eventos de la Generalitat, que sería la persona que habría ordenado llevar a cabo la concertación de CACSA con Noos y a su vez trasladado al Presidente de la FTVCB la necesidad y conveniencia de implicarse en el proyecto para compartir los gastos de la concertación.

Ninguna responsabilidad en cambio atribuye el Juez a quo al Presidente de la FTVCB ni a su Director, por considerar que podía resultar dudoso el sometimiento de la Fundación a las reglas de contratación pública y porque el Patronato de dicha Fundación no habría participado en las negociaciones para la formalización del convenio sino que este habría corrido a cargo de CACSA, por lo que los responsable de la Fundación podían actuar en la creencia de que CACSA había cumplido con las normas de procedimiento exigibles.

Al respecto de esta contratación procedemos al estudio de los siguientes recursos:

*.- Recurso de Clemente (recurso II)*

El recurrente era en la fecha en que se suscribió el primer convenio de colaboración entre CACSA, FTVCB y NOOS, director general de CACSA.

Alega su defensa la falta de motivación del auto apelado ya que orilla entrar a analizar cuestiones jurídicas determinantes de la atipicidad de la conducta que en el auto se atribuye a su representado.

El recurrente cita una serie de precedentes respecto del deber de motivación de las resoluciones judiciales, sin embargo no puede esgrimir la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva para pretender el sobreseimiento, máxime cuando existen indicios de conducta criminal en su representado por ser quien intervino en esta presunta ilegal contratación y en una reunión previa con el Secretario de Eventos de la Generalitat en la que participó, también, el Sr. Balbino , que fue en la que se convino la concertación remitiendo la elaboración posterior del convenio al Gerente de CACSA y al Vicedirector de la Fundación Valencia Turismo Convention Bureau, el cual actuó siguiendo las instrucciones del Presidente de la misma y de su Director.

La consecuencia de la falta de motivación alegada sería la nulidad de la resolución para que se dictase otra dando respuesta a la incongruencia que se denuncia cometida, pero nunca para postular el sobreseimiento. Estos argumentos son suficientes para desestimar la invocada falta de motivación.

El recurrente incide en que ha de examinarse la legalidad del convenio de colaboración en el contexto en que éste se suscribe. Que es el aprovechar el tirón que representaba para la ciudad de Valencia haber sido designada sede para la celebración de la 32 edición de la copa América de vela a celebrar en el 2007 y por

eso para promocionar la imagen de la ciudad se decide organizar el Valencia Summit: simposio internacional sobre deporte y ciudad.

No negamos que fuera interesante la celebración del Valencia Summit a efectos promocionales. Pero no olvidemos que lo que es objeto de discusión en esta causa son las razones que efectivamente llevaron a concertar dicho evento - si en verdad fue por interés público o se debió a la influencia que el Sr. Alfonso ejerció sobre responsables políticos de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento de Valencia para que le fuera concedida esta concertación-, así como el por qué esta contratación se verificó al margen de los procedimientos ordinarios de formación de la voluntad administrativa y, sobre todo, la razón por la cual la celebración de tales eventos se concedió a una entidad concreta y no se verificó antes un concurso público de ideas. Es importante resaltar que la idea de la celebración del evento, y su contratación, al parecer no surge de la administración contratante sino que nace del Sr. Alfonso y de su socio el Sr. Balbino los cuales se reúnen con la Alcaldesa de Valencia y con el Secretario de eventos de la Generalitat. El mismo recurrente así lo admite en su recurso.

Parece lógico que si hubiera existido un verdadero interés público en la celebración del evento Valencia Summit, la idea habría partido de la propia administración. Aquí no fue el caso. La idea promocional partió de Noos, y CACSA y FTVCB la asumieron al margen de cualquier publicidad, concurrencia y no discriminación.

Cuestiona el recurrente que la entidad CACSA tuviera que someterse a la normas de la contratación. Desde el punto de vista subjetivo no hay discusión que CACSA se trata de una sociedad mercantil de la Comunidad Valenciana participada con capital 100% público. Y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.1 y disposición adicional 6ª de la LCS vigente en la fecha de los hechos, CACSA venía obligada a respetar en la contratación la normativa de la Ley reguladora de contratos. En este sentido se pronunció la Sindicatura de Comptes en su informe de gestión de los ejercicios 2004, 2005 y 2006, por mucho que se trate de una entidad pública regida por el Derecho privado. Esto ni siquiera lo cuestionan otras defensas. Y el propio Presidente del Consejo de Administración de CACSA afirmó que la entidad estaba obligada a cumplir la normativa de los contratos públicos, pero excusándose dijo que él no era el responsable de verificar que así fuera, delegando toda responsabilidad en el Director General de CACSA. Precisamente en el ahora recurrente, en cuya defensa esgrime que se limitó a cumplir las ordenes dadas por el Consejo de Administración y a ejecutarlas. Por tanto, según él mismo admite, tuvo en todo momento el condominio de la aparente ilegal contratación y en consecuencia pudo haberla impedido o, puesto reparos. Nada de eso hizo.

Obra también informe de la Intervención General del Estado suscrito en fecha 8 de mayo de 2014, por dos funcionarios que apoyan las conclusiones del Informe de Fiscalización de la Sindicatura, en punto a que tanto CACSA como la Fundación TVCB se hallaban sujetas a la normativa de la Ley de Contratos y que el convenio Valencia Summit, por su objeto, al consistir éste en la prestación de un servicio de asistencia técnica se hallaba recogido expresamente dentro de los contratos administrativos, refiriéndose en su informe expresamente a lo dispuesto en el artículo 196 de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público, en el que se definían como contratos de asistencia técnica aquellos que tenían por objeto "estudiar, elaborar informes, estudios, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico...", definición que encajaría en el Anexo II de la Directiva 2004/18 de la CE, en el que se incluye como contratos de servicios los de "esparcimiento, culturales y deportivos".

Estos funcionarios recalcaron que durante todos sus años de dilatada experiencia profesional jamás habían visto que la Administración Central del Estado o sus organismos o entidades públicas pertenecientes a dicha administración concertasen un contrato de patrocinio deportivo. Indicaron que lo que sí es habitual es que la actividad patrocinadora sea realizada por los particulares y que el patrocinado pueda ser la administración, pero no al revés. En el caso del convenio Valencia Summit les llamó poderosamente la atención que aunque Noos afirmaba encargarse de la organización de los eventos, los gastos por espacios, servicios de catering, viajes y alojamientos corrían a cargo de las entidades patrocinadoras y no el patrocinado, que ya había cobrado un canon, denominación que tampoco habían visto nunca jamás antes como pago a unos servicios de asistencia técnica. Insistieron en que se trató de un contrato bajo la fórmula de convenio y que por tal motivo, según su opinión

fundada, infringía la Ley de contratos del sector público, conclusión esta que asumía también la Sindicatura de Cuentas en sus informes de gestión de las anualidades antes citadas concurrentes con la celebración de los eventos Valencia Summit.

La exclusión de los contratos de colaboración fuera del ámbito de la normativa reguladora, según tuvimos ocasión de comentar supra, es excepcional y restrictivo - las defensas quieren dar a entender que es

general -, y en tal sentido y dado que a las entidades instrumentales le son de aplicación las normas de la ley de contratos, era obligado que antes de contratar se emitieran los informes jurídicos y económicos pertinentes dirigidos tanto a acreditar el interés público en llevar a cabo la contratación, esto es su conveniencia, oportunidad y necesidad, como la legalidad del modelo elegido, la exclusión de la aplicación de las reglas de la concurrencia y, sobre todo, la justificación del por qué y por exigencia del principio de no discriminación y de igualdad el beneficiario del convenio iba a ser el Instituto Noos y no otro beneficiario. Además de eso se requería la justificación del gasto y aplicación del dinero público recibido a la celebración de los eventos. La exigencia de transparencia pública era mayor si cabe atendida la personalidad que se hallaba a cargo de la gestión de los intereses de NOOS y por formar parte del su órgano de dirección miembros de la entonces Casa Real.

Omite en su recurso esta defensa toda referencia a la propia normativa autonómica representada por el Decreto 20/1993 de 8 de febrero, por el que se aprueba el Registro de Convenios y se establece su régimen jurídico-presupuestario que - aunque muy laxa sobre todo en el tema subvencional -, establece con relación a los convenios de colaboración y cuando en ellos interviene la Generalitat Valenciana o una sociedad de su propiedad, una serie de controles respecto de la exigencia de informes jurídicos - que no de gestión o de imagen para justificar el objeto del contrato -, que no se cumplieron en este caso. Entre estos informes, y cuando se trata de empresas públicas de la Generalitat, era necesaria que se justificase por el Consell de Gobierno la conveniencia y oportunidad de celebrar este convenio y siendo el beneficiario una persona jurídica privada era necesario justificar las motivaciones por las que en atención a los sujetos, objeto negocial o causa, no eran susceptibles de sujetarse a las norma sobre contratación administrativa (art.2.2). Además eran precisos dos informes (art. 6): uno por parte del Secretario General o del órgano asimilado de la entidad, con el objeto, entre otros, de adecuar el contenido del contrato al gasto previsto, así como sobre los aspectos jurídicos del convenio y cumplimiento de los trámites de carácter preceptivo; y otro por la Intervención delegada correspondiente sobre la existencia de crédito. La exigencia de ambos informes era preciso para cualquier otra modificación y por tanto para la suscripción de las adendas (apartado 2 del artículo 6). Ninguno de estos informes se emitió, al menos antes de la firma de contrato, pues el informe de gestión que se elaboró en el año 2004 se verificó con ocasión de la segunda edición del Valencia Summit y en el mismo, si bien se pretende justificar la firma del convenio en la promoción de la Ciudad de Valencia, en coincidencia y en la línea de las actividades que desarrolla el Instituto Noos, el cual habría sido quien habría diseñado el proyecto Valencia Summit, dicho informe omite toda consideración al respecto de la legalidad de la fórmula elegida por la contratación, cuál era la colaboración que iba a desplegar CACSA distinta del pago de un canon y las razones jurídicas que justifican la adjudicación directadel convenio a Noos, en detrimento de otras entidades, así como tampoco se emitió informe económico en relación al coste de los eventos, el motivo por el cual se fijó un precio alzado o canon sin incluir el detalle de la aplicación económica y la adecuación del precio acordado para cumplir la finalidad prevista, lo cual precisaba de una valoración económica del coste de la organización.

Con todo, conviene recordar que la propia Sindicatura de Comptes al fiscalizar la actividad de la entidad CACSA señaló al realizar el informe de fiscalización del año 2006 y con mención expresa del convenio Valencia Summit, reiterando lo dicho en informes precedentes... "se considera necesario que en el expediente quedase acreditado suficientemente la necesidad del gasto - concebido como canon y por tanto como cantidad alzada -, así como las razones que motivan esta colaboración y que excepcionan la aplicación de los principios de publicidad y de concurrencia. No se elaboró informe alguno a este respecto y el que emite la sociedad, según la Sindicatura, era de fecha 20 de abril de 2007, lo que ahonda en que el informe de gestión que lleva fecha de 2004, no se confeccionó entonces, sino con ocasión de la adenda del convenio de 2005, el cual no debía de constar unido al expediente, ya que la Sindicatura no aludió a que existiera y sí en cambio hizo referencia al elaborado en abril de 2007.

Orilla la defensa también y en relación a su representado que fue él quien presuntamente y siguiendo instrucciones del Secretario de Eventos (Sr. Amador), dio órdenes concretas a la que entonces se hallaba al frente de la asesoría jurídica de CACSA ( Antonia ), para volcar en el ordenador y pasar a formato oficial el borrador de contrato que había facilitado la entidad NOOS. Según la declaración prestada por esta asesora las condiciones económicas del contrato ya venían dadas y si bien se hicieron algunas precisiones a solicitud del Sr. Clemente estas tenían por objeto recalcar e incidir en el carácter promocional y de patrocinio de la concertación (tanto preocupación por ese extremo concreto y no por otros, como el de la determinación del precio, predispone sumariamente en contra de la legalidad de la contratación). La Sra. Antonia reconoció que no hubo informe jurídico previo y en un momento dado vino a admitir que daba la impresión que el informe de gestión de 2004 se hizo en el 2005 "para vestir el santo" y dar apariencia de legalidad.

Tales incidencias parecen sugerir la preocupación por eludir las normas de contratación y los presupuestos de publicidad y concurrencia. Todo esto sin antes solicitarse los informes necesarios a fin de justificar el interés público, conveniencia y necesidad de que el evento se celebrase, la forma jurídica de cómo se tenía que materializar, si era preciso o no un concurso de ideas, las razones por las que no era necesario observar los principios de concurrencia, qué criterios se siguieron para la determinación de la aportación que realizaba CACSA y, sobre todo y muy especialmente, por qué razón o motivo el convenio debía de firmarse con NOOS y no con otra entidad distinta. A parte de esto, no se realizó un estudio del coste económico (basta examinar la declaración del Director de la Fundación TVCB que dijo que el precio eran honorarios estimados y que a los patronos le sonaron correctos).

Llama la atención que la misma asesora jurídica dijera que CACSA no estaba obligada a verificar la legalidad de la contratación, ya que por ser una entidad sujeta al derecho privado no estaba sometida a la Ley de contratos, afirmación que abunda en que dentro de CACSA, posiblemente, se despreciaban de modo consciente y con absoluta ligereza el cumplimiento de las formalidades legales, tal que así, dicho incumplimiento hubo de ser censurado desde la propia Sindicatura de Cuentas y no fue aparentemente observado hasta abril de 2007, una vez ya celebradas las tres ediciones del Valencia Summit.

La defensa insiste también en que el contrato de colaboración se trataba de un contrato de patrocinio (Ley 34/98, General de Publicidad) no sometido a las normas de contratación.

Los mismos argumentos que esgrime esta defensa y la cita de la norma que regula el patrocinio deja claro que no estamos ante un patrocinio deportivo, por cuanto la entidad NOOS recibió un canon anual no para promocionar la imagen de las entidades colaboradoras y en el contexto de un evento determinado, sino para la realización misma de dicho evento y en consecuencia para la prestación de un servicio, conclusión que viene avalada por la Intervención General del Estado en sus varios informes y declaración a judicial presencia de sus autores. Con todo, la justificación de que no eran aplicables las normas de contratación pública por tratarse de un contrato de patrocinio regulado por la ley General de Publicidad, exigía que constase en los informes jurídicos y estos no se hicieron, al menos antes del contrato y no a posteriori para justificar una contratación convencional sobre la que existen indicios de criminalidad y de participación del recurrente, tanto en las negociaciones previas dirigidas a apoyar un convenio, que ya contaba con las bendiciones de la Generalitat y el Ayuntamiento de Valencia, como por haber sido él como Director General de CACSA quien lo suscribió.

Se queja finalmente el apelante de que el Juez no hubiera atendido sus argumentos para acordar el sobreesimiento, ya que en idéntica situación a la suya se hallaría el coimputado Oscar, Presidente de FTVCB y en cuanto a este si se ha dispuesto el sobreesimiento de las actuaciones.

A esta cuestión nos referiremos al tratar el recurso formulado por los Concejales del Partido Socialista en el Ayuntamiento de Valencia y por el Sindicato Manos Limpias, en solicitud de que se deje sin efecto el citado sobreesimiento respecto del Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Valencia Sr. Oscar.

- *Recurso de Manuel (recurso III).*

Según razona la defensa de este imputado, resulta de todo punto imposible que su representado pudieran haber cometido delito de prevaricación con cita en la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso denominado BITEL.

De acuerdo con dicha sentencia, si bien una entidad pública sujeta al Derecho privado debe cumplir las normas de contratación pública regidas por los principios de publicidad y concurrencia y es funcionario quien ejerce funciones directivas y son públicos sus fondos, sin embargo considera que al no ser administración, las contrataciones que llevan a cabo estas entidades no pueden ser consideradas asunto administrativo a los efectos de cometer el delito de prevaricación. STS 974/2014, de 28 de febrero.

De acuerdo con el planteamiento de su defensa, el Sr. Manuel era Director general de CACSA, su cualidad era la de mero apoderado y no administrador de hecho o consejero delegado. CACSA se configura como una empresa de la Generalitat de Valencia (Decreto legislativo de 26 de junio de 1991). Adopta la forma mercantil de una sociedad.

De acuerdo con los Estatutos de la entidad CACSA el Director General puede asistir a las sesiones del Consejo y tiene voz pero no voto.

Es el consejo de administración el que asume la representación y administración de la sociedad y puede designar un Director General, y le asigna sus funciones por apoderamiento, atribuyéndole el ejercicio

permanente y efectivo de aquellas facultades que tenga por convenientes, todo dentro de los límites y directrices señalados por el Consejo - art 10 a 15 -

La Generalitat es el socio único de CACSA, regida por el Consejo de Administración, que es en quien recaen las facultades y competencias administrativas y de representación (que puede asistirse de un órgano consultivo: la comisión consultiva). El Director General es un simple apoderado sin facultades de administración y gestión autónomas y actúa por delegación del Consejo. El Presidente del Consejo era Don. Segismundo .

Y era al Presidente del Consejo de administración, que lo será de la sociedad, a quien le correspondía el nombramiento y separación del Director General.

El socio único de CACSA - GENERALITAT - aprobó un plan de acción de la Generalitat para la AMERICA#S CUP en virtud de acuerdo del Consell de 30 de mayo de 2005 - folios 27848 a 27904 - resultando que el primer convenio firmado por el apelante lo fue en fecha 3 de octubre de 2005.

El recurrente, con consentimiento y conocimiento del Consell de la Generalitat, a través de Conselleria de Economía (siendo Segismundo Conseller y Presidente Ejecutivo de CACASA) se limitó a ejecutar el acuerdo del Consell como socio único de CACSA.

Fue por tanto suscrito el convenio como apoderado voluntario de la sociedad. Y por tanto como medio mandatario.

Había un plan de acción de la Generalitat, dentro de la Conselleria correspondiente y la Conselleria de Economía y Hacienda debía de dar el aporte económico.

A Manuel le fue transmitida la orden precisa dentro del Plan de Acción - en el que estaba incluido el Valencia Summit - de firmar las adendas a través de la Secretaría Autonómica de Eventos y Proyectos (SAEP), dependiente de la Conselleria de Economía y Hacienda, cuyo titular Segismundo , era a su vez Presidente del Consejo de Administración de CACSA., representante de la Generalitat y en calidad de Vicepresidente en el CONSORCIO VALENCIA 2007, COPA AMÉRICA (según Acuerdo de 9 de enero de 2004, del Consell, folio 24895 a 24936).

La actuación de Manuel se encuadra en un apoderamiento voluntario y no basado en representación orgánico, insiste la parte apelante.

La firma en el convenio que suscribió se trató de una adenda, de un convenio ya decidido (declaración de Leandro folio 269995). Había que cumplir el Plan de acción. En el primer convenio de 8 de septiembre de 2004, ya se expresa que ha sido diseñado para su celebración anual entre 2004 y 2007.

El acusado firma el convenio de 8 de octubre de 2005, que es una adenda. Se trata de un mero apéndice de un añadido o de un anexo.

Manuel se limitó a ejecutar un mandato cierto. Para no firmar la adenda debería de haber recibido una orden en tal sentido por su mandante.

Finalmente alega que la presunta falsedad que se le atribuye por vía de inducción al haber encargado a Doña. Socorro (Directora de Gestión de CACSA, un informe en el 2005, para justificar el evento del 2004) sería inocua e intrascendente, por cuanto aunque el documento fuera pos-datado la falsedad deviene atípica por no lesionar el bien jurídico de la seguridad del tráfico, ya que dicho informe no era necesario.

El recurso no puede ser acogido:

En punto al delito de prevaricación administrativa. Ciertamente es que las sociedades instrumentales de carácter público sujetas al derecho privado no son administración, pero en materia contractual se hallan sometidas a las normas de la contratación administrativa y por tanto a los principios que las rigen, además, los fondos que reciben y administran son públicos con lo que difícilmente se puede afirmar que la contratación no es asunto administrativo. De facto la normativa de contratos - tanto la anterior como la vigente - a las entidades instrumentales de carácter público y sujetas al Derecho Privado las consideraba administración a los efectos del sometimiento a las normas de contratación pública. La sentencia citada no la compartimos. Es la única que conocemos sobre el particular - de modo que no sienta precedente - y nos parece contradictoria. Esperamos que el Tribunal Supremo revise su criterio y una oportunidad para hacerlo podría ser la sentencia que se dicte en el caso presente.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que en ámbito de la Comunidad Valenciana resulta de aplicación lo dispuesto el Decreto 20/93, tantas veces citado sobre Registro de Convenios. En dicho decreto se exigen



determinados requisitos e informes previos a la hora de suscribir convenios de colaboración entre el Gobierno Valenciano y sus entidades públicas con particulares, de lo que se colige que en el ámbito de la Comunidad Valenciana estos convenios eran y son considerados por su normativa reguladora asunto administrativo y concernientes a las administraciones vinculadas a las sociedades y entidades públicas de la Generalitat.

En cuanto a que el recurrente era apoderado sin facultades de gestión, no lo negamos, pero lo cierto es que el recurrente a raíz de la participación que presuntamente se le atribuye al firmar las adendas de los contratos de Valencia Summit para las anualidades de los años 2005 y 2006, pudo haber participado en la actividad ilícita que en dicha contratación le atribuye el Juez a quo, por cuanto seguramente conocedor de las conclusiones de la Sindicatura de Cuentas referidas a los ejercicios de los años 2004 y 2005, o alertado por otra vía de la irregularidad de la contratación de CACSA con Noos, dio orden a la Directora de Gestión de CACSA en su condición de asesora jurídica de la entidad para que elaborase un informe de gestión (que no de contenido jurídico) en 2005 aparentando que había sido realizado el año anterior - de ahí que esté manipulada la fecha -, para justificar la suscripción de dicho convenio; y no compartimos que la falsedad resulte, en principio y sin perjuicio de lo que definitivamente se pueda decidir en el acto del juicio oral, inocua e intrascendente, por cuanto para suscribir dicho contrato y evitar que su celebración comportase el principio de no discriminación y concurrencia, era preciso elaborar los correspondientes informes, tanto relativos al interés público de la contratación, como a las razones jurídicas que justificaban que se eludiese la contratación pública concurrente, así como los motivos por los que el único beneficiario del contrato tenía que ser necesariamente el instituto Noos, dato importantísimo si tenemos en cuenta que la determinación del canon o precio del contrato -que al parecer cubría honorarios profesionales de los promotores del evento, dado que los gastos iban a parte -, vino impuesto desde el propio Instituto, ya que en otro caso se hubieran emitido los informes de Intervención que exigía el Decreto 20/93.

El recurrente, presuntamente y al margen de si tenía o no poderes, con su participación a posteriori al suscribir en representación de CACSA las adendas al convenio de 2005 y 2006, se sumó en calidad de autor adhesivo al presunto fraude a la administración, y a la prevaricación continuada, y dio orden para falsear la realidad del expediente para aparentar la legalidad de una contratación, sobre la que existen fundadas sospechas de ilegalidad, dado que atendido al absoluto desprecio a las normas de procedimiento al atribuir la celebración del Valencia Summit a la entidad Noos, de manera directa y sin concurso público o sin justificar suficientemente las razones por las que este se eludía y cómo y por qué se establecía el pago de un canon o precio por la organización de los eventos que se fijó sin previa valoración económica, lo que abona la posibilidad de que fuera fijado unilateralmente por NOOS. Esta forma de proceder, junto a otros datos, como son: la existencia de contactos previos entre el Sr. Alfonso y los responsables políticos de las administraciones vinculadas a los entes públicos contratantes y el descontrol del gasto comprometido, dando así por sentado que el canon era una cantidad dada sin necesidad de ser justificada y entregada a fondo perdido, lo que no puede ser aceptado tratándose de fondos públicos. La utilización para la concertación de la fórmula del convenio de colaboración y el que se acudiera a entidades instrumentales de las administraciones a ellas vinculadas, lo que permitía eludir los controles administrativos de intervención previa del gasto y jurídicos respecto a una motivación objetiva de la necesidad de la contratación y su legalidad teniendo en cuenta lo anómalo e inusitado que a simple vista resulta que una administración concierte un contrato de patrocinio con un particular, ya sea persona física o jurídica. Todas estas circunstancias avalan la posibilidad de que la organización del evento Valencia Summit y su concesión directa a la entidad Noos se debiese a que se pretendió otorgar un trato de favor a la misma, por ser su Presidente el yerno de su Majestad el Rey y dar la impresión de que contaba con el apoyo de la Casa Real. Tal vez por eso la propia Alcaldesa de Valencia impulsó la contratación derivando esta al seno de la Fundación TVCB y a la entidad CACSA, de ahí los contactos previos y personales que mantuvo los Sres. Alfonso y Balbino con la Sra. Lorena - propiciados al parecer por el fallecido Sr. Eladio le habría recomendado a NOOS - y con el mismísimo Presidente de la Generalitat, encuentros que admite y reconoce el propio TSJV en el auto que denegó la imputación de ambos aforados.

Como hemos comentado más arriba, la citada contratación y el concierto existente para su materialización al haberse establecido el aporte de fondos públicos atendiendo a criterios subjetivos y no de mercado y sin que se controlase el destino de los fondos aportados y su aplicación efectiva a la organización de los eventos, entre otras cosas porque el precio se fijó en concepto de "canon" y posiblemente sin que hubiera de ser justificado, lo que resulta de todo punto inaceptable y contrario a la legalidad tratándose de la disposición de fondos públicos (a no ser que estuviéramos ante una subvención que, por ser directa a través de un convenio, también habría sido irregular), pudo generar un riesgo elevado y probable de malversación, y de facto parece que así fue, por cuanto según la fiscalización realizada por la Agencia Tributaria después

de examinar la facturación aportada, revela que el coste de los eventos pudo ser muy inferior al real y en este extremo redundan las manifestaciones efectuadas por Braulio al respecto y reconociendo el referido sobrecoste en un escrito presentado dictado ya el auto transformador.

En punto a la justificación de los gastos del evento la defensa insiste en que no existe el descuadre o posible malversación que se atribuye, ya que el concepto de canon no exigía justificación. En cualquier caso el citado canon se estableció sin criterio económico ni jurídico alguno y fue simplemente, al parecer, la exigencia de los responsables de Noos que trasladaron a los políticos y sus subordinados y estos lo aceptaron. No debía ser un concepto muy transparente desde el momento en que utilizaron la expresión canon, absolutamente inexistente en el ámbito de la contratación, salvo cuando se trata de concesiones públicas y que nunca se supo a que obedecía, hasta que ahora esta defensa apunta a que se trató del pago de patrocinio por publicidad, alegación que se descalifica por sí sola dado que el pago de 1.000.000 de euros en tal concepto por la celebración de un congreso de dos días de duración con el objeto de promocionar la ciudad de Valencia, sino comprende el coste de la organización, aparece a simple vista de todo punto elevado.

Cierto es que obra en las actuaciones el Auto de fecha 21 de abril de 2010 del Tribunal de Cuentas, que acuerda el archivo de las actuaciones por presuntas irregularidades contables denunciadas por la Sindicatura de Cuentas en su informe de fiscalización del ejercicio de 2007, referidas al Grupo de las Artes y las Ciencias, pero la decisión jurisdiccional contable de dicho Tribunal se contrajo o limitó a cuestiones que nada tienen que ver con las que son objeto de revisión en esta alzada, ya que las irregularidades observadas por la Sindicatura y sobre las que el Ministerio Fiscal solicitó la incoación de expediente de enjuiciamiento a cargo del TC y luego se mostró a favor de su archivo, se referían a la adenda de 26 de septiembre de 2007, por la que se aplicó la revisión de precios a todas las certificaciones emitidas con posterioridad a dicha fecha y porque en el 2008 quedaba pendiente de prestarse el servicio a la Sra. Yolanda, una de las afectadas por las inundaciones del Palacio de las Artes. Nada que ver, por tanto, el contenido de esta resolución con lo que aquí estamos tratando.

*.- Recurso de Socorro (Recurso IV).*

Se señala por la Directora de Gestión de CACSA que los convenios de colaboración no eran contratos administrativos y como tales no estaban sujetos a los requisitos de la contratación administrativa. Además, ella no tenía la condición de funcionaria pública. En cuanto al delito de falsedad que se le atribuye, sostiene que la misma sería intrascendente e inocua y atípica. Ambos informes: uno el de 2004 se confecciona en el 2005 y se altera la fecha para dar la apariencia de que había sido elaborado en 2005 y, el segundo, aunque se elabora en el año 2007, tiene por objeto justificar a posteriori el convenio de 2006.

Es verdad que son adendas pero con su actuación se suma y coopera a la presunta prevaricación y comete falsedad puesto que con la elaboración de tales informes se pretende dar apariencia de legalidad a la contratación y se quieren suplir la omisión y la observancia de trámites esenciales en aquella.

Si la elaboración del informe de 2005 se pide para justificar el convenio de 2004 ya celebrado, obvio resulta que necesariamente su contenido tenía que ser favorable a su antecedente celebración y si se trataba de una adenda no tenía sentido formular propuesta en sentido opuesto o formular reservas, a pesar de que la renovación de los convenios por afectar a cuestiones jurídicas y de compromiso del gasto precisaban de los informes preceptivos que imponía el Decreto 20/93.

Resulta llamativo que la Directora de gestión alegue el no sometimiento de los contratos de colaboración suscritos entre CACSA y NOOS a las normas de contratación administrativa, cuando el propio Presidente del Consejo de Administración, Segismundo, no tuvo duda ninguna a la hora de declarar y afirmar que tales contratos debían de cumplir los requisitos de procedimiento y que había que incoar un expediente. Lo curioso del caso es que se despachó diciendo que ese no era su cometido, sino del Director de CACSA, precisamente nombrado por el Consejo que él presidía.

Nuevamente nos remitimos a las consideraciones de la Sindicatura y de la Intervención General del Estado en cuanto al sometimiento de CACSA a la normativa de contratos públicos y a que el convenio de colaboración por contemplar y ser su objeto un servicio de asistencia técnica no podía adoptar tal forma si no la de contrato y en tal caso tenían que haberse concertado con respeto al principio de concurrencia competitiva.

Se sabe que el CP recoge en su artículo 24, un concepto amplio de funcionario público y en este encajaría la labor de la recurrente, en tanto asesora jurídica de una entidad propiedad de la Comunidad Autónoma, nombrada por los responsables de la misma para el cargo y cuyos fondos públicos que manejaba y disponía provienen de aquella.

Concurren pues indicios de criminalidad en la conducta de la recurrente como asesora jurídica de CACSA.

*Recurso de Amador - Secretario de eventos.- (Recurso V)*

Este recurrente se queja sobre la base de los mismos argumentos que esgrime la defensa del Sr. Clemente - que ya hemos examinado y rechazado -, pero respecto a la justificación de los gastos insiste en que no existe el descuadre que indica el auto apelado, por cuanto el canon estipulado en el contrato y en las ulteriores adendas no era necesario justificar - reconoce pues que el convenio fue instrumento de una subvención. En tal caso su concesión debía sujetarse a los principios de concurrencia y de justificación del gasto y ninguna de ambas cosas se cumplió. La subvención directa solo es posible si viene establecida nominativamente por Ley del Parlament o en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

Se queja también de que no se hubiera sobreseído las actuaciones respecto de él ya que los argumentos tenidos en cuenta para el coimputado Don Oscar son los mismos que deberían de motivar el sobreseimiento de las actuaciones en lo que a él se refiere - luego trataremos esta cuestión.

Conviene precisar que el recurrente fue la persona que en calidad de Secretario de Eventos de la Generalitat antes de la firma del convenio de Valencia Summit, se entrevista con Balbino y Clemente ; en esa reunión se le traslada a éste que ha de colaborar en el proyecto. Dicha reunión vino precedida de otras anteriores entre Alfonso y Doña Lorena , Alcaldesa de Valencia. Doña. Lorena declaró que vio con buenos ojos la propuesta del Valencia Summit teniendo en cuenta la relevancia de la persona que le presentó el proyecto y que fue ella quien derivó al Sr. Alfonso a las instituciones que podía desarrollar dicho proyecto: FTVCB y CACSA.

Debe recordarse que la Sra. Lorena declaró que antes de recibir a los Sres. Alfonso y Balbino , su proyecto ya venía recomendado por el difunto Sr. Eladio (Presidente del COI durante muchos años), del cual recibió una llamada telefónica para felicitarla por la concesión de la 32 edición de la Copa América. La Sra. Lorena declaró que el Sr. Eladio le trasladó la opinión o el consejo de lo conveniente que podía ser para la ciudad de Valencia organizar algún tipo de evento deportivo para promocionar la ciudad y aprovechar la publicidad de la Copa América y que le habló de que el Sr. Alfonso tenía una entidad que desarrollaba este tipo de proyectos. Es en esta conversación en la que la Sra. Lorena pide al Sr. Eladio que le trasmita a Alfonso que le llame para concertar un encuentro.

Resulta ingenuo pensar que la Sra. Lorena en atención a la relevancia del Sr. Alfonso se limitase a recomendarle que se dirigiera él a FTVCB y CACSA, sin concertar la cita o arreglar previamente el encuentro que luego se produjo entre el Secretario de Eventos Sr. Amador y el Sr. Clemente , Director General de CACSA. De igual modo resultaría extraño que no hubiera tratado la cuestión con el Vicealcalde el Sr. Oscar , en tanto en cuanto Presidente de la Fundación y concejal encargado del área de Turismo (el Sr. Oscar y la Sra. Lorena admitieron haber tratado este asunto en sus múltiples y casi diarias reuniones y comentado que el proyecto "sonaba bien").

Según reconoció el propio Amador le pareció buena idea la organización del evento y de las condiciones del contrato se encargó el Sr. Clemente . Fue éste quien firmó el contrato por CACSA, pero no hay duda que el Sr. Amador , como interlocutor de la Generalitat, en tanto en cuanto los fondos públicos de los que se nutría CACSA venían de allí, hubo de conocer el contenido del Convenio y saber que el mismo se suscribía sin previos informes que justificasen su conveniencia y la legalidad de la contratación elegida, así como sin emisión de los informes previos a cargo de la Intervención. Todo ello teniendo en cuenta además que existía normativa específica que en materia de convenios de colaboración vinculaba a la Generalitat Valenciana como único socio de CACSA y que como Secretario de Eventos estaba obligado a conocer. Es Amador , también, quien tras el encuentro con Alfonso traslada al Sr. Oscar la conveniencia de llevar a cabo la contratación y es éste quien comunica al Director de la Fundación que se iba a implicar en el proyecto.

Las irregularidades que han quedado expuestas sobre este convenio y sus adendas, que también fueron impulsadas por el recurrente, y el que se insista por los implicados en la contratación que ésta se vio con buenos ojos al ver que detrás de la propuesta estaba el yerno del Rey y el Instituto Noos, en el que estaba integrado su esposa y su Secretario personal, abunda en la idea de que este convenio pudo haberse suscrito en atención a la influencia ejercida por el Sr. Alfonso , de ahí que la firma de este convenio se verificase sin cumplir las normas de procedimiento en cuanto a su adjudicación y de control del gasto, lo cual vino favorecido por haber externalizado la contratación a través de entidades públicas sujetas al derecho privado, abusando de la fórmula del convenio de colaboración como patrocinio para encubrir un auténtico contrato de asistencia técnica y estableciendo como prestación a cargo de tales entidades el pago de un canon, asimilando el mismo

a una entrega a fondo perdido y que no requería de justificación, aspecto éste que los funcionarios de la Intervención General del Estado consideraron inusitado e inaceptable cuando se trata de la gestión de fondos públicos, cualquiera que sea el organismo o entidad de los que provengan.

El Sr. Amador como partícipe de las negociaciones previas al convenio de colaboración y a sus adendas tuvo el dominio y control, siquiera funcional, sobre la concertación, cuya suscripción provocaba un riesgo elevado de malversación y de fraude a la administración en atención a que se realizó sin observar las normas de procedimiento, ni de control del gasto. Tales patentes inobservancias pudieron deberse a una causa ilícita en la contratación, cual sería la influencia ejercida por Noos a través del Sr. Alfonso y de éste sobre los responsables políticos a los que estaban vinculadas FTVCB y CACSA; nos referimos a su Alcaldesa y al entonces Presidente de la Comunidad Autónoma, ya que ambos decidieron que el proyecto se realizase a través de ambas entidades, las cuales por no estar integradas en las administraciones por ellos gobernadas favorecía que la contratación del Valencia Summit a Noos se verificaría ajena a los principios de publicidad y concurrencia que han de presidir toda contratación con fondos públicos o, al menos no se aseguraron de que ello no fuese así.

En su momento el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia estimó que si bien los antes aforados citados habían impulsado la contratación teniendo entrevistas privadas con el Sr. Alfonso y Balbino, incluso en el Palacio de la Zarzuela o con ocasión de algún otro encuentro oficial, no existían indicios de que hubieran participado directamente en la elaboración de las condiciones del contrato y en el control de su legalidad. Lo trascendente sin embargo, a nuestro entender, es que su visto bueno al proyecto fue traslado a los responsables de CACSA y Fundación TVCB, de modo que es factible que su opinión hubiera sido determinante en la contratación, pues de facto todos los implicados han mantenido que el motivo por el que se concertaron estos eventos con Noos y no con otra entidad era porque detrás del proyecto se encontraba el yerno del Rey, afirmación que convierte en plausible que dicha contratación se verificase con el objeto de conceder al Sr. Alfonso y a su entidad un trato privilegiado o de favor, de ahí, todo el cúmulo de irregularidades a las que nos hemos referido y que se vierten en el auto recurrido.

*Recursos de los Concejales del Ayuntamiento de Valencia y de Manos Limpias solicitando se deje sin efecto el sobreseimiento acordado respecto del Vicealcalde del Ayuntamiento de Valencia Don Oscar (Recurso VI y VII).*

Ambas acusaciones pretenden que se mantengan las imputaciones contra el apelado Oscar - Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, concejal del departamento de Turismo y Presidente de FTVB -.

La Alcaldesa de Valencia, Doña Lorena, admitió que en uno de los múltiples despachos diarios que tiene con el Vicealcalde le comenta lo del proyecto y que ya le ha llegado lo de CACSA y que quedan en que hay que valorarlo.

Los recurrentes entienden que existen indicios de responsabilidad criminal en el ahora apelante, por cuanto en representación de la FTVCB fue quien impulsó la contratación y como Presidente del Patronato propuso colaborar en el proyecto Valencia Summit.

Discrepan del auto judicial por dos razones: la primera, porque la FTVCB, si bien desde el punto de vista de sus estatutos fundacionales era una Fundación de carácter privado, teniendo en cuenta que la gestión era Municipal, así como la representación del Patronato en su mayor parte era de responsables del Ayuntamiento con un total de 34%, y los fondos de la Fundación se nutrían del Ayuntamiento, se trataba de una Fundación de interés público y, por tanto, subjetivamente sujeta a la normativa de contratos. De otra parte, discrepan del auto judicial por cuanto de este se da a entender que la firma de los convenios le vino dada a la Fundación, ya que las negociaciones del convenio ya habían sido realizadas por parte de CACSA, por lo que es posible que los responsables de la fundación actuasen en la creencia de que CACSA había observado los procedimientos legales.

El recurso ha de tener favorable acogida. Y ello por cuanto:

1.- No hay cuestión respecto a que en las fechas en que tuvieron lugar la firma de los convenios Valencia Summit y sus adendas la entidad FTVCB se trataba de una fundación de interés público. La naturaleza jurídica de la entidad no es la que determinen los estatutos, sino la que deriva de la realidad de las cosas y a estos efectos tanto la normativa comunitaria como a través de la Jurisprudencia del TJCE se desprende que las administraciones instrumentales se hallaban en la fecha de estos convenios obligadas al sometimiento de la normativa de los contratos públicos, siempre que este tipo de entidades administrativa sujetas al derecho

privado, tuvieran un interés público, dependieran funcionalmente de modo principal de la administración o de sus organismos autónomos y en cuanto a sus fondos más del 50% procedieran de una administración pública.

Pues bien, la FTVCB se trataba de una fundación de carácter local, que por la mayor participación que en la gestión y en el patronato tenía el Ayuntamiento de Valencia, ya directamente, como a través de la Feria de Valencia, como porque la mayoría de los fondos eran de origen y procedencia Municipal, el control de dicha entidad correspondía al Ayuntamiento y los fondos de que estaba dotada eran prioritariamente públicos.

Obran en las actuaciones informe de Intervención General del Estado de fecha 8 de mayo de 2014 - ratificado a presencia judicial - pronunciándose a favor de la naturaleza pública de la Fundación TVCB y de facto hasta que en 2009 se produjo la modificación de sus estatutos la IGAE tenía clasificada dicha fundación como de interés público. En el mismo sentido tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización de las Fundaciones de carácter local emitido en febrero de 2012, en él incluye a FTVCB como fundación de interés público.

A este respecto, y si no fuera así cuanto afirmamos, la Fundación por iniciativa del Presidente de su patronato y apelado no hubiera precedido en noviembre de 2009 a modificar sus estatutos, ya que hasta entonces estaba clasificada por la Intervención General del Estado como fundación de interés público. A través de esa modificación se reformó la composición del patronato quedando integrado, además de por los fundadores, por 30 protectores, para de este modo conseguir que el peso en el patronato no fuera mayoritario del Ayuntamiento. A partir de ese momento la clasificación de la FTVCB paso de Fundación de interés público a Unidad Institucional bajo control privado.

Siendo por tanto que la FTVCB era una fundación de interés público se hallaba sujeta a las normas de contratación administrativas. Con todo y aunque se cuestione lo anterior, al menos en cuanto a la firma del primer convenio - ya que por lo que a los otros dos se refiere la ley de contratos había sido ya modificada para declarar que la misma resultaba aplicable a las fundaciones de interés público -, al intervenir en la firma del convenio una sociedad pública de la Comunidad Autónoma, la normativa contractual era de obligado cumplimiento.

Pese a ello no se observaron las reglas de procedimiento en cuanto a la adjudicación de este convenio de colaboración y la utilización del canon como precio de los servicios contratados, sin que por parte de las entidades instrumentales se hubiera acordado en que consistía dicha colaboración, advertía que con dicho convenio se pudiera encubrir una subvención nominativa, infringiendo las normas que regulan su concesión.

No estamos ante un problema de tipicidad o de legalidad respecto a las dudas que pudieran existir en cuanto a la naturaleza pública de la fundación, pues las fundaciones de interés público en la fecha de los hechos venían sujetas a las normas de contratación, tanto por aplicación Directa de la Directivas comunitarias y de la jurisprudencia que las interpreta, como porqué conforme a la modificación operada en la Ley de Contratos en marzo de 2005 las Fundaciones de interés público sujetas al Derecho privado venían obligadas a respetar la normativa de contratos, indudablemente a partir de esa fecha. Se trata de un problema de dolo o más bien de error como aspecto negativo al mismo - creencia de que la fundación por ser entidad privada no estaba sujeta a la normas de la contratación pública-, mas esta cuestión, como todas aquellas afectantes al dolo, por lo general han de ventilarse y decidirse en el acto del juicio, recayendo la prueba del error en quien lo alega.

El auto apelado y el Ministerio Fiscal, así como la defensa parten de la premisa - y éste en verdad constituye el fundamento de la decisión sobreseyente respecto del apelado), de que FTVCB intervino de un modo accesorio en el convenio, de modo que ya vino dado por CACSA, pudiendo ocurrir que FTVCB creyera que CACSA había observado las normas de procedimiento.

La defensa explica que el convenio fue suscrito con el acuerdo del Patronato. Lo que hizo el patronato fue mostrar su conformidad a la colaboración en la sesión celebrada en mayo de 2004, pero el convenio en ese momento no había sido elaborado ya que es de fecha posterior. Los patronos pertenecientes al sector privado manifestaron que la gestión era Municipal y que se aprobaban por sistema todas las propuestas que hacían sus gestores - el Vicealcalde y el Director de la Fundación - porque entendían que era lo mejor, lo que indica que las decisiones del Patronato venían ya determinadas por las propuestas de los representantes del Ayuntamiento, por ser ellos quienes ostentaban la representación de la fundación y dotaban a esta de la prácticamente totalidad de los fondos públicos. De hecho, por la declaración de los patronos asistentes a las Juntas del patronato que aprueba la colaboración con Noos, se desprende que dicha propuesta no fue realmente discutida ni votada. Además, existen correos electrónicos entre Noos - Alvaro y FTVCB - por mediación del Subdirector Blas - de los que se desprende que la fundación intervino en la elaboración del convenio y que se estaba trabajando sobre una propuesta. La fundación lo que hizo fue aprobar en noviembre

el informe de gestión de 2004 y en el 2005 la memoria. Pero el convenio es de septiembre de 2004, lo que indica que dicho convenio, una vez elaborado y antes de ser firmado, no se sometió a debate de la Fundación en cuanto a su objeto y compromiso económico al que se obligaba FTVCB.

En cuanto a la no intervención de Oscar, si bien no fue él en persona el que suscribió el convenio - ya que lo rubricó el Director de la Fundación -su descarte resulta imposible, tanto por el compromiso económico del Ayuntamiento, como porque para llevar a cabo el proyecto era necesario la participación del Ayuntamiento y esta estaba ya comprometida desde el momento en que Lorena remite a Alfonso y a Balbino a la Fundación y a CACSA y luego el Secretario de eventos pide al Sr. Oscar que se sume al proyecto, cosa que hace y a tal efecto da instrucciones al Director de la Fundación y éste al subdirector, el cual mantiene correspondencia electrónica con Noos a los efectos de documentar el convenio cuya suscripción ya venía verbalmente dada una vez Amador convenció a Oscar y Clemente de la conveniencia de apoyar el proyecto, el cual venía avalado por la intervención de una entidad de la que era su Presidente el yerno del Rey y estaba integrada en su órgano de dirección por su esposa e hija del Rey, Eva y por su secretario que figuraba aparecía como secretario de la Casa del Rey.

Por la defensa del Sr. Oscar se insiste en que su defendido podía albergar dudas al respecto de que la FTVCB hubiera de someterse a las normas de contratación. Podía ser, pero estaba en su mano despejarlas ya que contaba con servicio jurídico externo a la Fundación para solicitar asesoramiento o demandarlo de CACSA y en todo caso no consta que diera instrucciones al Director de la Fundación para que fuera escrupuloso con el procedimiento a seguir. Todo lo contrario, de lo actuado se podría llegar a inferir que la fundación se refugiaba en su naturaleza jurídica privada, pese a que en realidad era de interés público, para burlar las normas de contratación, las cuales, cuando menos a partir de marzo de 2005, le eran de obligado cumplimiento. Con todo, como hemos dicho, CACSA sin duda alguna venía legalmente obligada a cumplir las normas de procedimiento por exigencias del Decreto 20/93 y no se observaron y el apelado debía o podía conocer tal omisión. En todo caso la segunda y tercera edición del Valencia Summit se celebraron tras la modificación operada en la Ley de contratos que incluía entre las fundaciones de interés público la aplicación de las normas de contratación y tampoco entonces se cumplieron, lo que indica que pudo haber una deliberada ignorancia en su inaplicación, tal vez porque como se ha venido quejando el Grupo Socialista del Ayuntamiento con reiteración y obran en la causa en prueba de ello intervenciones en el seno de la Corporación que lo confirman, que por la Corporación Municipal se ha venido utilizandodeliberadamente la FTVCB como instrumento o vehículo para externalizar del Ayuntamiento el Área de turismo y dificultar el control de la gestión municipal en ese ámbito de actividad y en la aplicación de los fondos que FTVCB recibe del ayuntamiento y que aplicaría con la opacidad denunciada por el Grupo Socialista.

El recurrente, en cuanto impulsor de la concertación y en la medida en que trasladó al Patronato las bondades del proyecto Valencia Summit a realizar por Noos, tras recibir indicaciones del Sr. Amador para que FTVCB se sumase al proyecto, logrando así su aprobación antes de que el contrato se suscribiera, habiendo reconocido que su principal aval y garantía era que detrás del mismo se encontraba el yerno del Rey, opinión esta compartida con la misma Alcaldesa con la que el apelado departía casi a diario por razón de sus funciones, de modo que sabía que la Sra. Lorena avalaba, respaldaba y se mostraba conforme con que dicho evento se llevase a cabo, aunque no intervino directamente en la firma de los convenios, dispuso del dominio y control sobre la concertación y sobre el gasto a ella destinada, de modo tal que participó en la misma tanto de modo activo como por omisión, ya que pudo haber formulado reparos o exigido que los convenios se sometiera a previos controles jurídicos y contables y nada hizo, pese a que ostentaba una posición de garante de los fondos públicos que manejaba la FTVCB, en tanto Presidente de su patronato y a su vez Vicealcalde del Ayuntamiento y al tiempo concejal de turismo.

Insistir, al igual que hemos hecho en el caso del Sr. Amador, que por mucho que los responsables de las administraciones vinculadas no hubieran intervenido en la determinación del contenido de los convenios de colaboración, existen razones para pensar que su apoyo al proyecto hubo de influir decididamente en que finalmente la concertación se verificase, ya que como hemos dicho la causa determinante de su aprobación por los responsables de la FTVCB y CACSA, y así en esencia lo han venido declarado, fue que el Valencia Summit contaba con el respaldo del yerno del Rey, extremo éste que se omitió, no sabemos si deliberadamente, a los miembros del Patronato con ocasión de la aprobación del proyecto, probablemente porque no era preciso revelar este extremo sabiendo que en el Patronato por sistema se aprobaban las propuestas del Ayuntamiento al ostentar el control sobre la entidad por tener mayoría de votos en el órgano directivo y proceder la mayor parte de sus fondos y dotación de la aportación municipal, tal que así, su gestión corría a cargo del Vicealcalde del Ayuntamiento y de la persona que como director de la fundación dependía de él.

Como hemos comentado existen correos entre el Subdirector de la Fundación Blas y Alvaro , fechados entre junio y agosto de 2004, que revelan y ponen de manifiesto, contrariamente a lo mantenido por el Auto apelado, que la FTVCB colaboró en la redacción del convenio de colaboración y que no es verdad que viniera determinado desde CACSA. Otra cosa es que fuera ella la primera en sumarse al proyecto por las recomendaciones y visto bueno que al mismo le concedió el Secretario de Eventos en la entrevista que éste mantuvo con Balbino y con Director de CACSA Clemente , a quien el primero le solicitó que apoyase el proyecto de Noos, solicitando después dicho apoyo al Sr. Oscar , según este mismo reconoció y este se lo dio, influido, posiblemente, porque dicho proyecto era conocido por altas instancias de la Generalitat y por la misma Alcaldesa y sabía que los responsables de ambas instituciones eran favorables a la concertación al estar la entidad implicada, en apariencia, relacionada con la Casa Real.

Ambos recursos han de ser estimados y revocado en este punto el auto recurrido.

OCTAVO.- Analizaremos a continuación el convenio de colaboración suscrito en fecha 7 de octubre de 2007, entre la Fundación Madrid 16 y la Fundación Deporte Cultura e Integración Social y los recursos interpuestos con relación a este convenio, tanto por parte de la imputada Doña Esmeralda , como de la acusación popular Manos Limpias, que solicita se amplíe la imputación por esta concertación al Director Financiero de la sociedad anónima unipersonal Madrid 16 y al Director General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid, que fue quien en representación de la Fundación M 16 suscribió el referido convenio.

*.-Recurso de Esmeralda , Consejera delegada de la Fundación Madrid 16(recurso número VIII)*

Se queja de que a la Fundación Madrid 16 se le conceda la condición de fundación de interés público. Es verdad que a tenor de sus estatutos se trata de una fundación de interés privado. Pero el carácter de fundación de interés público surge tanto del fin público por el que se constituye - preparar y promover la candidatura de Madrid para los Juegos Olímpicos, juntamente con el COE- como de la composición de su patronato, ya que mayoritariamente está constituido por órganos administrativos: tanto de la administración central, a través del Consejo Superior de Deportes, como de la local - ayuntamiento de Madrid - y la autonómica, aunque también actuaba como patrono el COE. Además, la dotación de sus bienes procede de fundamentalmente de la aportación municipal. Por otra parte, la persona que gestiona la Fundación en calidad de Director General, *Rodrigo* , compatibiliza dicho cargo con el de Director General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid.

La Sra. Esmeralda tenía el cargo de consejera delegada de la sociedad anónima unipersonal Madrid 16, que a su vez era propietaria al 100% de la fundación Madrid 16 y por tanto en atención a los fines de la misma, a tenor del artículo 24 del CP, tendría o podía ostentar la condición de funcionaria pública.

En cuanto a los fondos, claramente eran de titularidad pública por cuanto la dotación provenía de la entidad fundadora - el Ayuntamiento de Madrid-.

Señala la defensa que es cuestionable que la administración local pueda constituir fundaciones locales, pero el Tribunal de Cuentas, si bien ha reconocido la problemática, ha admitido tal posibilidad cuando en ellas concurren determinados criterios que sí se daban en la fundación MADRID 16, por cuanto la dotación de la misma era mayoritariamente de procedencia municipal y en el patronato la representación de las distintas administraciones intervinientes era mayoritaria, aunque hubiera también patronos privados.

Sentado que la Fundación Madrid 16 era una fundación de interés público, se hallaba sujeta en el ámbito de la contratación a la normativa de la Ley de Contratos que incluye a los contratos de colaboración, salvo que el objeto de los mismos se hallase excluido de los contratos administrativos.

En el caso del contrato de colaboración suscrito por Madrid 16 y la FDCIS, es claro que se incumplió abiertamente la normativa administrativa:

1.- El convenio de colaboración resulta indefinido en cuanto a su objeto, pues se pretendía inicialmente la promoción del deporte entre grupos sociales desfavorecidos, así como la creación de sinergias institucionales para favorecer la participación de Madrid 16 en aquellas instancias que FDCIS estimase convenientes y en su encuentro anual. En su cláusula segunda se dejó la concreción de las actividades en las que iban a colaborar y emprender conjuntamente, a la realización de un posterior convenio de colaboración específico, que se iba a incorporar como anexo al convenio, pero que no llegó a suscribirse. Además, no se establecían prestaciones económicas y se fijaba un periodo de vigencia de dos años, hasta octubre de 2009.

La firma de ese convenio de colaboración vino seguido de un contrato verbal suscrito entre la Fundación M 16 -hecho éste no cuestionado- , que tenía por objeto la realización de un servicio de lobby o más bien de relaciones públicas. Concretamente la fundación a través de Alfonso y Balbino intentaría buscar apoyos y

votos entre miembros del COI. Como consecuencia de ese acuerdo M-16 acordó unos honorarios mensuales a la fundación DCIS de 6.000 euros, abonados en concepto de donativo, todo ello en virtud de un pacto verbal, pues como se acaba de señalar no se documentó.

La suscripción de este acuerdo verbal se verificó al margen de cualquier contratación administrativa, eludiendo cualquier informe que justificase los motivos de efectuar una contratación directa sin concurso y, sobre todo, los motivos por los que dicha labor de Lobby solo podía ser realizada con exclusividad por la FDCIS.

En cuanto al objeto del contrato verbal la defensa insiste en que se trataba de servicios que quedaban al margen de la normativa contractual por su peculiaridad, pero en realidad la labor de lobby a desplegar entre miembros del COI para trasladar los aspectos positivos que representaba la concesión de la Olimpiada de 2016 a la ciudad de Madrid, no es otra cosa que un labor de comunicación o de prestación de servicios - así lo admite el propio Sr. Rodrigo, que dijo que de no haber sido fundación, en lugar de donativo, el concepto hubiera sido el de contrato de servicios - y hay que tener en cuenta que los motivos que al parecer impulsaron la concertación eran dos: que Alfonso había sido deportista olímpico y miembro del COE - cualidad que no era exclusiva suya - y, el segundo era su vinculación con la Familia Real, aspecto éste que unido a la circunstancia de que fuera el Sr. Alfonso quien propuso sus servicios a la recurrente, abona la posibilidad de que la contratación obedeciera y tuviera por causa la influencia ejercida por el Sr. Alfonso sobre la Sra. Esmeralda, a quien conocía por haber sido deportista olímpica y miembro del COE. Por cierto, a través de un contrato en el que su objeto no se correspondía con el realmente pactado y en el que no se estableció precio documentado.

La suscripción del citado acuerdo verbal permitió obtener a fundación, a través de donativos, la cantidad de 120.000 euros.

La defensa insiste en que tales fondos eran privados, pero no es verdad ya que la dotación de la fundación se nutría de subvenciones del ayuntamiento de Madrid que concedía a la fundación y de facto el ayuntamiento verificó una fiscalización posterior, aunque al parece sin otro justificante que el donativo. Es lógico que el ayuntamiento de Madrid no hubiera emitido facturas a FDCIS y así lo ha certificado, ya que estas eran abonadas por la fundación M16, pero a cargo de las subvenciones que a su vez ella recibía del ayuntamiento y que como concedente venía obligada a fiscalizar en cuanto al gasto y realización del objeto para el que éste se autorizó.

La defensa entiende que la fundación M 16, aún aceptando que pudiera ser de interés público, se sujetaba al derecho privado en cuanto a las disposiciones sin contraprestación - disposición adicional 16 de la Ley de Fundaciones-, pero en este caso, por mucho que el pago se justificase como donativo, no estamos ante una disposición sin contraprestación, ya que la relación entre la Fundación M16 y FDCIS era de arrendamiento de servicios de comunicación o de lobby.

La defensa señala que existe documentalmente justificación de los trabajos realizados por FDCIS; sin embargo, los trabajos aportados no queda claro que guarden relación con el objeto del contrato verbal suscrito entre las partes y de hecho en los archivos de la Dirección General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid, respecto a este expediente, solo se encontraron las facturas referidas a las donaciones hechas a FDCIS por importe de 120.000 euros que recoge el auto apelado en su folio 81, y un informe realizado por la recurrente fechado el 2 de diciembre de 2011, aparentemente para justificar tales pagos, ya que el indicado informe fue realizado a raíz de una intervención parlamentaria de UPYD sobre la contratación de Noos y en fecha muy posterior a tales pagos. Ello avala la posibilidad de que estos trabajos, aunque se hubiera hecho, no constituirían el objeto del contrato - no olvidemos que fueron plurales las actividades y trabajos realizados para la preparación de la candidatura olímpica de Madrid 16, con cargo al Patronato Madrid 16 -.

No puede pasarse por alto que fue el Delegado del Área del Ayuntamiento de Madrid, Cayetano, el que como consecuencia de una interpelación parlamentaria sobre el contrato de Madrid 16 con la FDCIS puso en conocimiento de la Fiscalía General del Estado que sobre la base de dicho convenio se habían producido pagos por valor de 120.000 euros no justificados bajo el concepto de donativo.

En fin, en tanto en cuanto la recurrente fue la que intervino y participó en el convenio suscrito con FDCIS, por las irregularidades existentes y pagos realizados como donativo, cabe la posibilidad de que dicho contrato se hubiera concertado en razón a la influencia ejercida por Alfonso sobre los responsables de la Fundación Madrid 16 y en concreto sobre la Consejera delegada de la sociedad anónima unipersonal Madrid 16, a quien conocía por ser ambos miembros del COE.



La propia consejera relató que era a ella a quien Alfonso le rendía cuentas de las gestiones realizadas - por tanto el pago del suelo era por relaciones públicas y no otro tipo de actividades-, al respecto de las cuales no existe dación de cuentas amparándose en que se trataba de actividades intangibles y de difícil cuantificación, lo que no era óbice para que la Fundación Deporte Cultura e Integración Social rindiera informes escritos mensuales o con cierta periodicidad de cuales eran las gestiones y reuniones realizadas y actividades de comunicación dirigidas a promocionar la candidatura de Madrid 16. Esa falta de justificación podría deberse al compromiso que podía suponer requerir rendición de cuentas cuando el que tenía que verificarlas debía de ser el Sr. Alfonso, si es que el contrato se suscribió por ser la única persona que podía lograr los apoyos necesarios y realizar la labor de comunicación y de presentación de la candidatura de Madrid 16 entre miembros del COI. Lo cierto es que las actividades realizadas no fueron transparentes y de su presunta ilegalidad habla mucho que el propio Alfonso niegue tener nada que ver con la Fundación Deporte Cultura e Integración Social (todo lo más como colaborador en el departamento estratégico del Noos, entidad que ya había abandonado), cuando para los responsables de M 16 era sucabeza visible y en tal calidad así se presentó.

Existen pues indicios de que la recurrente ha podido incurrir en un delito de prevaricación administrativa por haber suscrito el convenio marco antes citado, que presuntamente habría sido celebrado en razón a formar parte de la entidad FDCIS el entonces yerno y hoy cuñado del Rey y porque dicha concertación quebrantó abiertamente la normativa de contratos y permitió el dispendio de fondos públicos, ya que se dieron sin control de ningún tipo y prueba de ello es que se facturaron como donativo, sin posibilidad de exigir compromisos ni obligaciones a la parte receptora.

Por lo que respecta a la cualidad de funcionaria de la recurrente como elementos del tipo, es sobradamente conocida que el concepto de funcionario del CP se aparta del administrativo. Se atiende a la materialidad: el nombramiento y el ejercicio de funciones públicas es lo relevante ( SSTS 1292/2000 o 68/2003, 866/2003, de 16 de junio : lo decisivo es la función realizada dentro de un organigrama de servicio público). Puede verse en particular la STS 876/2006, de 6 de noviembre.

En principio y aunque la recurrente se hallaba vinculada a la entidad Sociedad Anónima Unipersonal Madrid 16 en virtud de un contrato de alta dirección suscrito por el Director General - por cierto dotado con un sueldo sustancioso, algo más de 12.000 euros mensuales -, la persona que le contrató ostentaba el cargo de Vicealcalde del Ayuntamiento de Madrid. La actividad de la recurrente estaba dirigida a la gestión de actividades de interés público, como eran la preparación de la candidatura olímpica de la ciudad de Madrid y la entidad pertenecía en su totalidad a una fundación de ámbito local, pero de interés público, por mucho que sus estatutos declarasen que su naturaleza era privada.

El recurso se rechaza y el auto ha de ser confirmado. Llegados a este punto procedemos a examinar la impugnación que formula la acusación popular Sindicato Manos Limpias contra el sobreesimio de las actuaciones respecto de Rodrigo y Ricardo .

El recurso, pese a la oposición de la defensa de ambos imputados y del Ministerio Fiscal, ha de prosperar.

En efecto, Rodrigo, en su calidad de Director General de la Fundación Madrid 16 - era la mismo tiempo Director General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid - es quien firma el contrato marco de colaboración entre FCDIS y FM16. Estuvo en la reunión con Balbino y Alfonso, juntamente con Esmeralda, Ovidio y a la que luego se sumó Ricardo, en la que se decide y acuerda la colaboración con FCDIS consistente en prestar servicios de relaciones públicas. No hay duda de que interviene en calidad de funcionario público ya que se trata del Director General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid. El convenio se firma sin cumplir norma alguna de procedimiento y sobre todo sin concretar el precio de los servicios contratados, lo que se deja en manos de la Sra. Esmeralda y del Director General de la Madrid 16 SAU Ovidio (que pertenecía íntegramente a la Fundación M 16). Dio su opinión a la contratación, aunque viniera determinada por la responsable del área internacional de la fundación la Sra. Esmeralda. Se dejó inducir por Esmeralda y seducir por la intervención de Alfonso en el proyecto, pero no puede decirse que se trate de un actor pasivo y sin responsabilidad, pues fue quien firmó el convenio sabiendo que su objeto no era el contemplado y que el mismo era dudosamente legal porque establecía una prestación de servicios que se iba a satisfacer como donativo.

Ricardo era director adjunto de la Sociedad Madrid 16 e intervino en las negociaciones para la fijación del importe de los servicios de consultoría y de asesoramiento, los famosos 6.000 euros. Era al mismo tiempo director financiero y ordenó los pagos. Es verdad que lo hizo por orden de Esmeralda, pero pudo haber impedido dichos pagos al comprobar que se verificaban sin constar otra justificación que una factura en

concepto de donativo. También se le pidió consejo a la hora de suscribir el convenio y de cuantificar el importe de los servicios.

La defensa de este imputado insiste en que se defendido no tenía, al igual que Esmeralda, la condición de funcionario público, así como tampoco la fundación Madrid 16 era una fundación de interés público.

El apelado era Director adjunto de la entidad Madrid 16 SAU, que era propiedad de la fundación M16, mayoritariamente de titularidad municipal.

Ciertamente el apelado, dado que estaba unido por contrato de trabajo, podía albergar dudas sobre su condición de funcionario a efectos penales e incluso puede que ello sea discutible, mas prestaba servicios para una entidad propietaria de una fundación de interés público y manejaba fondos públicos, con lo cual no se puede decir que en este momento resulte absurdo e irrazonable atribuirle la cualidad funcional de funcionario público a los efectos del artículo 24 del CP, teniendo en cuenta el concepto extensivo que a la cualidad de funcionario proclama la Jurisprudencia penal, sin perjuicio de que tratándose de una cualidad que podría ser discutible, su examen en profundidad ha de verificarse en sede de plenario.

De igual modo la ignorancia - error de tipo - que el apelado podía albergar sobre tal condición - cuya prueba habría de recaer sobre la defensa -, es otra cuestión que habrá de ser objeto de debate en el acto del plenario.

Ello en cualquier caso, siempre queda a salvo el filtro que el Juez Instructor pueda verificar al dictar el auto de apertura de juicio pronunciándose en sentido negativo por razones de atipicidad de determinadas conductas. Distinto es si existen indicios de criminalidad y en verdad que se aprecian respecto del aquí apelado.

Debemos recordar nuevamente como hemos comentado al tratar el objeto y alcance del auto de transformar que la decisión sobreyente es de carácter residual y solo opera en situaciones en las que no existen indicios fundados de criminalidad. Los supuestos dudosos requieren enjuiciamiento. Solo tras el plenario cabe acudir al principio in dubio pro acusado.

Ello no obstante, se hace necesario recordar que la Jurisprudencia nos enseña que a los efectos de la aplicación del artículo 24 del CP, puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" ( STS de 27 de enero de 2003).

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, tiene declarada la doctrina que nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad ( SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento ( STS de 27 de enero de 2003, 22 de abril de 2004 y 166/2014, de 28 de febrero).

Las consideraciones expuestas nos han de conducir a la estimación del recurso interpuesto por el Sindicato Manos Limpias ( *Recurso número VII*).

**NOVENO.**- A continuación y concluido el estudio de los recursos que afectan al ámbito de los convenios de colaboración suscritos por el Instituto Noos y la Fundación Deporte Cultura e Integración Social, con las sociedades públicas y fundaciones locales de interés público a las que nos hemos referido en Fundamentos anteriores, pasamos al estudio de los recursos promovidos por los hermanos Braulio y Victoriano, a quienes el Juez a quo atribuye haber participado en el grupo Noos y colaborado en el plan y las actividades delictivas achacadas a los principales responsables de la constitución de Noos, de su aprovechamiento como entidad sin ánimo de lucro para obtener contratos públicos al margen de toda concurrencia, apoyándose en la influencia ejercida en la contratación por la vinculación aparente de Noos con la Casa del Rey, y colaborando en el apoderamiento de fondos públicos.

#### *Recurso de Braulio (Recurso número IX)*

La defensa de este imputado, en esencia, se queja de la insuficiente motivación del auto de transformación en cuanto a la descripción de la participación de su representado en las ilícitas actividades de NOOS, señalando que el único elemento que utiliza para incriminarle es que intervino en la constitución

del entramado societario y participaba en el mismo, pero sin describir qué clase de actuación realizaba, de lo que no se puede desprender que fuera un partícipe en el sentido exigido por el código, el cual para ser considerado responsable en tal concepto es necesario la presencia de un doble dolo; además de que es posible que su actuación lo fuera en calidad de simple administrativo, realizando tareas neutras de elaboración de facturas siguiendo las instrucciones de sus jefes y sin que tuviera conocimiento de que las mismas eran falsas o simuladas. Igualmente su intervención en la constitución de las sociedades fiduciarias fue neutra por cuanto tal intervención no puede considerarse por sí misma ilícita ni inadecuada, pues sería necesario conocer la finalidad para que las mismas se constituyeron. En cuanto a las certificaciones libradas a Generalitat Valenciana para el cobro de servicios prestados a la citada administración en cumplimiento del contrato de colaboración suscrito por Noos para el diseño de la candidatura de Valencia para unos Juegos Europeos, el recurrente indica que se limitó a emitir tales facturas por orden de Balbino. En todo caso estima que el delito que habría cometido su representado habría prescrito.

El recurso desde la óptica de la finalidad y alcance del auto transformador carece de todo fundamento.

Como hemos dicho supra, el auto transformador no tiene otro objeto que verificar un juicio probable de acusación, referido a la posibilidad de que en este caso el imputado apelante haya podido realizar los hechos que el instructor le atribuye.

Hay que reconocer que el auto apelado se presenta insuficiente para describir la concreta conducta que atribuye al recurrente, más allá de haber participado e intervenido en la constitución y funcionamiento como administrativo de la entidad Instituto Noos y de las filiales de esta, empero la consecuencia de esa insuficiente explicación sería solicitar la nulidad del auto y no la revocación del mismo con una consecuencia sobreseyente que no se comparte, por cuanto de lo actuado efectivamente existen indicios de participación criminal por parte del recurrente, por cuanto éste presuntamente se encargaba del área contable y financiera - junto con su hermano Victoriano - del Instituto Noos y de las sociedades filiales a éste. Precisamente, por ser el encargado de la confección de facturas y de su giro y libramiento cruzado entre dichas sociedades, era o debía ser consciente de que las mismas en la mayoría de las ocasiones, no tenían otro objeto que desviar los fondos que había obtenido NOOS de las entidades públicas. Esa misma elaboración habría permitido conocer que el libramiento de las facturas tenía por objeto justificar el sobrecoste de los eventos realizados por Noos y con ello lograr la malversación de los fondos públicos.

La defensa del recurrente pretende dar a entender que su defendido fue un mero administrativo, mas existen testimonios y documentación correspondiente a anotaciones manuscritas elaboradas por el propio recurrente, de las que se desprendería que era conocedor de la contratación de falsos empleados para obtener beneficios fiscales -libertad de amortización -, así como que el libramiento y cruce de facturas entre empresas del grupo tenía por objeto simular servicios irreales para desviar fondos de Noos y obtener ventajas fiscales.

El recurrente, además, en esa labor de giro de facturas, emitió facturas a las sociedades fiduciaria extranjera De Goes Center LTD y concretamente a quien gestionaba de facto la misma, Don Urbano, para que este a su vez las anotase en la contabilidad a través de un despacho radicado en Londres. El recurrente conoce la existencia de la estructura fiduciaria precisamente porque se reunió con la persona que facilitó la adquisición de las empresas ( Urbano ), así como porque éste favoreció la apertura de una cuenta en Luxemburgo a nombre de la misma. Tenía que conocer que las empresas fiduciarias eran irreales y una mera pantalla.

Braulio es la persona que emite certificaciones falsas para cobrar servicios irreales a la Generalitat Valenciana y no se limita a emitir estas certificaciones, sino que se reunió con personal de aquella para gestionar personalmente su cobro.

Resulta inviable en este momento - por razones de calificación, labor que no compete a esta Sala -, pronunciarse sobre la prescripción del delito de falsedad, pues es conocedor el Letrado recurrente que en comportamientos delictivos complejos, como aquí ocurre, la prescripción viene establecida por el delito más grave, a menos que este se cometa cuando el delito antecedente hubiera ya prescrito, lo que no parece haya ocurrido.

Por lo demás, conviene decir que la falsedad, por lo general, es un delito instrumental y que en el caso presente todo indica que el recurrente formaba parte de la organización empresarial de las sociedades del grupo NOOS que formaban una sola entidad en la realidad. Su labor era la de contabilidad y financiera y aunque no intervino en la firma de los contratos de colaboración que abusivamente se concertaron con las entidades públicas contratantes, con su labor de libramiento consciente de las facturas falsas emitidas y con el cruce de estas colaboró en la malversación de fondos públicos y al mismo tiempo posibilitó el lavado y blanqueamiento de estos, sirviendo la emisión de tales facturas a una doble finalidad: justificar el sobrecoste

de los eventos y posibilitar que el dinero recibido apareciera en las cuentas del grupo y luego fuera remitido al extranjero aparentando que se trataba de dinero lícito, cuando en verdad era sucio por provenir de la malversación de fondos.

Ciertamente que el auto apelado no atribuye al recurrente la participación en un delito de blanqueo, mas la verdadera intervención del apelante sugiere tal posibilidad, debiendo ser ésta concretada en su caso por las partes acusadoras, sin que ello comporte indefensión ninguna al apelante, pues ésta solo se produce en sede fáctica, debiendo de tener en cuenta a este respecto que de la lectura completa del auto combatido resulta y se desprende, como luego se comentará al tratar el recurso de Manos Limpias, que el juez admite la existencia de un delito de blanqueo, aunque estima que en la fecha en que se cometieron los hechos el auto-blanqueo no se hallaba castigado, entendiendo que quien malversaba no podía blanquear, conclusión ésta que, con matices, no es la que mantiene la doctrina mayoritaria.

Con todo, el peso del recurso decae, conocedora esta Sala de que con posterioridad al auto transformador el recurrente suscribió para su presentación a la Fiscalía anticorrupción de un escrito en el que reconocía su participación en los hechos, empero con matices, que en su caso habrán de ser analizados en el juicio.

#### *Recurso de Victoriano (Recurso número X)*

Se queja Victoriano, al igual que su hermano Braulio, de que el Juez a quo ha dictado el auto de acomodación sin exponer, en su caso, los motivos por los que en su opinión, podía efectuarse vinculación entre el hecho delictivo y la participación del recurrente, que si la hubo fue neutra, como mero asesor dentro de un asesoramiento adecuado y propio de su actividad externa como encargado de llevar la contabilidad y la fiscalidad. Dentro de este asesoramiento estuvo la puesta en contacto de Balbino con Urbano, a propósito de la adquisición de una sociedad extranjera DE GOES CENTER LTD, acción que se enmarcaba en la expansión del grupo por la organización de eventos internacionales y la necesidad de contar con asesores de países extranjeros, pero sin que el recurrente conociese que con la creación y adquisición de esas entidades se pudieran cometer o estar cometiendo ilícitos penales. Se queja el recurrente de que el auto le atribuye una serie de ilícitos al respecto de los cuales no es posible que el recurrente hubiera cometido y podido ser su autor.

Reproducimos lo dicho respecto de la motivación con ocasión de lo antes manifestado respecto de Braulio. Lo trascendente es que el recurrente tenga conocimiento de los hechos por los que se le acusan y por los que el Juez considera que ha de ser sometido a juicio. Normalmente el contenido de estos hechos y el traslado de los mismos, a no ser que la instrucción haya derivado en conductas o actuaciones nuevas desconocidas que pudieran atribuir nuevas imputaciones con trascendencia penal, se verifica en el momento mismo de la toma de la declaración del sujeto imputado (art. 118 de la Lcrim). Ello no quita que el Juez venga obligado con el dictado del auto de transformación a efectuar una relación fáctica dirigida a concretar formalmente los hechos imputados y a permitir al destinatario conocer si estos son esencialmente los que le fueron trasladados en la toma de su declaración.

En el caso presente esto es lo que ocurre. Los hechos que se atribuían al recurrente al inicio de las investigaciones son esencialmente los que ahora se le imputan, si bien no suficientemente detallados en cuanto a la participación típica del recurrente, empero lo relevante es que tal omisión no ha producido indefensión al apelante y buena prueba de ello es el contenido del recurso y su brillante fundamentación. Es verdad que la participación delictiva ha de ser consciente. Y el partícipe puede ser principal o accesorio y en el primer caso a título de coautor o de cooperador necesario, atendiendo al momento en que tiene lugar el dominio del hecho.

En el caso presente es verdad que el recurrente no intervino en la firma y negociación de los contratos de colaboración que supuestamente otorgados desviadamente y con abuso de poder permitieron a Noos beneficiarse de fondos públicos, pues aunque estos eventos se realizaron lo fueron por costes notablemente inferiores a los reales y para justificar ese sobrecoste los principales acusados se habrían valido del libramiento de facturas falsas de las sociedades filiales de Noos a la matriz Instituto Noos y de aquellas entre sí. Pero no cabe duda que el recurrente por formar parte integrante de la Asociación Instituto Noos y ser el encargado del área financiera y contable de esta sociedad y de sus filiales y por la misma relación de confianza y de asesoramiento que ejercía, podía o tenía que saber de la existencia de ese giro de facturas falsas y que las mismas permitían a las entidades obtener beneficios fiscales irregulares y al mismo tiempo malversar fondos públicos. No en vano era el asesor fiscal del grupo. El recurrente ostentaba un claro dominio funcional de estos hechos y no solo estaba en la entidad origen del dinero y de la actividad, en calidad de vocal, sino que asesoró a Balbino para que a través de un experto en fiscalidad internacional - sobre todo porque Victoriano no

domina el inglés - adquiriesen las sociedades fiduciarias De GOES CENTER inglesa, a su vez controlada por BLOSOOMHILL ASSETS INC; y fue él quien dio instrucciones a Lucas para que constituyera la filial española (DE GOES CENTER SL), todo lo cual iba a posibilitar el entrecruzamiento de facturas entre ambas para que el dinero procedente del grupo Noos - en el 50% de la participación que en los beneficios correspondía a su cuñado - , pudiera ser transferido al extranjero, ocultando por la existencia de una sociedad matriz en Belice, administrada por un hombre de paja elegido al efecto, la titularidad del dinero que pertenecía a Balbino y a su mujer Laura .

Es importante destacar que el notario con el que trabajaba el grupo de empresas y amigo personal de Victoriano manifestase que éste era el asesor financiero de todo el conglomerado y que diseñó toda la operativa y que no se hacía nada sin su asesoramiento. La documentación hallada en el registro del despacho con documentos manuscritos sobre triangulaciones y operaciones de cruce de facturas y de utilización de sociedades fiduciarias opacas en paraísos fiscales indiciariamente avala estas manifestaciones. El mismo Alfonso explica que era asesor suyo y el notario señala también que fue el propio Victoriano , quien para utilizar a Eva de escudo fiscal, hizo que participase en Aizoon al 50%, desoyendo la recomendación del notario, en el sentido de que si lo que se quería era que ella percibiera el 50% de los ingresos que su marido canalizase a través de Aizoon, era mejor que se modificase el régimen económico al de gananciales (ya que el matrimonio se casó en régimen de separación de bienes), bastando con constituir una sociedad mercantil unipersonal en la que solo figurase como socio Alfonso . El perfil de Victoriano , en calidad de abogado especialista en temas tributarios y no su hermano Braulio - farmacéutico de profesión - y la vinculación y conocimiento que Victoriano tenía respecto de Urbano (Grupo Braxton, anteriormente integrado en su bufete DIRECCION000 ), redundan en la idea que la actuación de asesoramiento prestada por el recurrente Victoriano , no fue en absoluto neutra sino que pudo haber intervenido como inductor con un dolo compartido con Alfonso y Balbino , no lo olvidemos, su cuñado.

Ambos recursos, pues se rechazan.

*DECIMO.*-La acusación popular ejercida por el Sindicato Manos Limpias ( *RecursoVII*) postula el mantenimiento de la imputación del Sr Urbano y no le falta la razón a la parte apelante cuando expone que existe indicios de que el apelado Urbano , ha podido incurrir en un delito de blanqueo de capitales, por cuanto fue la persona a la que se dirigió Victoriano para constituir la estructura de las sociedades fiduciarias que iban a permitir, al menos a Balbino y a su mujer, transferir al extranjero el dinero presuntamente malversado a través del InstitutoNoos, en la mitad que a ellos correspondía, dado que la facturación del grupo estaba a cargo de Victoriano y era éste el encargado de distribuir por mitad los beneficios entre los socios y jefes del grupo Noos.

Urbano es un experto en fiscalidad internacional y con anterioridad había trabajado en el bufete DIRECCION000 . El propio Urbano reconoce que recibió el encargo de Victoriano de adquirir dos sociedades en el extranjero, una en Londres y la matriz de esa en Belice. Explicó que también le encargó que ambas compañías tuvieran un mismo administrador. La administración recayó a cargo de la entidad Corporate Directores ServicesLtd, que según la secretaria del Sr. Urbano pertenecía al grupo Braxton, que era propiedad del propio Urbano . El mismo Urbano admitió que la persona que físicamente ejercía la administración de las sociedades era un individuo panameño, Arcadio , que era administrador de docenas de sociedades. Reconoció, también, que junto con ese encargo, por el que recibió la suma de 12.000 euros, se comprometió a gestionar las facturas que le remitía Noos a la empresa Inglesa DE GOES CENTER LTD a través de su despacho y que él a su vez se las remitía para su tratamiento a un despacho de abogados en Londres - que es la que según su secretaria se encargaba de la contabilidad del grupo Braxton en el extranjero -. Urbano también reconoció que ayudó a Victoriano a solucionar unos problemas con la banca de Luxemburgo en donde Victoriano abrió sendas cuentas a nombre de las sociedades de Belice y Londres. La empleada de Urbano señaló que ella recibía las facturas del Instituto Noos de Laura y de Braulio y que se las remitía a la firma de abogados Ingleses Center FordSatkeholders Management LTD, que se encargaba de llevar la contabilidad. Esta testigo admitió que la facturación era tanto de Noos a De Goes Center Ford como de BlossomhillAssetsInc a de Goes.

Por otra parte, se ha de tener presente que las sociedades BlossomhillAssetsInc y De Goes Center Ford Stakeholder Management LTD eran virtuales y que no operaban en la realidad. De facto el propio Urbano dijo que de Goes tenía un domicilio del grupo Braxton en Londres para recibir la información bancaria. Atendiendo a todas estas circunstancias hay que pensar que Urbano al aceptar el encargo y durante la gestión de la facturación, era consciente, o debía de serlo, de que con su actuación se generaba un peligro de que la emisión de las facturas y la constitución de las sociedades opacas, dado que a través de las mismas se pretendía

ocultar a sus verdaderos titulares, así como quién estaba detrás de sus cuentas en Luxemburgo, tuviera por objeto blanquear dinero procedente de actividades delictivas, en tanto en cuanto aquél se pretendía lavar a través de facturas falsas.

No parece muy convincente que el Urbano dijera que creyó que la constitución de las sociedades tenía por objeto el que el Instituto Noos fuese a operar en el extranjero, pues en tal caso no era necesario constituir sociedades filiales. Además, Urbano sabía que la entidad DE GOES LTD y su administrador no eran los verdaderos gestores de las citadas sociedades, sino que en realidad tras de ellas se escondía Balbino y los ingresos obtenidos a través de una entidad sin ánimo de lucro (IN). De igual modo tenía que resultar altamente sospechosa la apertura de sendas cuentas bancarias en Luxemburgo. Parecía bastante claro o altamente sugestivo que lo que se pretendía era ocultar los fondos que recibían ambas sociedades y si ello es así al Sr. Urbano, dada su condición de experto en fiscalidad internacional, tenía que representársele como altamente posible o previsible que, atendiendo a la anormalidad de la operativa, la procedencia de tales fondos pudiera provenir de actividades delictiva y cuando menos de la emisión de facturas falsas, así como que a través de dicha estructura se estuviera eludiendo el pago de impuestos, por mucho que estos no hayan sido devengados en dicho momento al estimar la Agencia Tributaria que los imputados no tenían obligación de declarar los ingresos ilícitos provenientes de la malversación por razones de non bis in idem y porque respecto a determinadas anualidades su punición, a tenor de la fecha en que el procedimiento se dirigió a los imputados por estos ilícitos, ya habían prescrito - nos referimos a las anualidades de 2005 y 2006 -.

Finalmente, Urbano es quien actuando con poderes de Arcadio (De Goes Center inglesa) entre finales de 2009 y principios de 2010 vende a la Fundación Deporte Cultura e Integración Social todas las participaciones de DeGoes (la española), menos una, que pertenece a Lucas y, en momento posterior, actuando con un poder de Lucas (Administrador de DeGoes S.L.), vende esa única participación a la Fundación Deporte Cultura e Integración Social, de modo que esta acababa siendo propietaria de DE GOES. La operativa concluye cuando de la totalidad de las participaciones de la que era titular FDCIS, Laura acaba comprando una de su marido Balbino. El recurso, por tanto, ha de ser estimado.

Recurso de Sindicato Manos Limpias solicitando la imputación de Lucas

*(Recurso número VII).*

La Acusación sostiene que Lucas actuaba como mano derecha de Alfonso, como lo demuestra que intervino en la realización de los eventos de Illes Forum, Valencia Summit y Fundación M-16, además acabó adquiriendo la sociedad de Goes S.L., siendo su administrador y quedándose con una participación para posteriormente y mediante un poder otorgado a Urbano, vender dicha participación a FDCIS.

La acusación atribuye a Lucas al menos su participación en la estructura fiduciaria. Sin embargo de lo actuado lo que se desprende es que Lucas era empleado del Instituto Noos y de Aizoon, entidad de la que fue administrador en una ocasión. Con su actuación, conforme a los correos que la parte recurrente refiere, su aportación en las actividades de Noos consistía en colaborar en la organización de eventos y el ámbito de comunicación de los mismos. No olvidemos que los eventos se organizaban. No hay constancia de que hubiera intervenido en las negociaciones para la contratación. Es verdad que hay correos en los que solicita a colaboradores y ponentes de Noos que determinados trabajos por la organización de eventos fueran facturados a entidades distintas de la que la que se prestaron los servicios, y en concreto a De Goes S.L., pero la emisión de estas facturas, que fueron giradas a instancias de sus jefes y en concreto de Balbino, carecen de trascendencia penal por cuanto los servicios facturados por ponencias o consultorías, según se desprende de la documentación y declaraciones testificales y referidos a esas facturas, fueron efectivamente realizados. A partir de ahí, no cabe deducir que tuviera el dominio de los hechos que se atribuyen cometidos a sus jefes.

Era un empleado más del Grupo Noos, aunque con mayor proyección y predicamento seguramente debido a su preparación y por eso tenía parking propio. Sin embargo, no consta que tuviera autonomía ni que entre él y sus jefes y los hermanos Laura Victoriano Braulio, encargados de la contabilidad y del giro de facturas entre empresas filiales y Noos, existiera un dolo compartido y que conociera que con su participación en los hechos estaba cooperando en la comisión de delitos de prevaricación, de malversación o de tráfico de influencias. Sí sabía, al igual que otros trabajadores, que las sociedades formaban un conglomerado y que funcionalmente eran en verdad una sola, así como que, precisamente y por eso mismo, la facturación iba a cargo de las filiales, aunque solo una era la matriz y la que realmente operaba (Instituto Noos), pero de ahí no cabe extraer -porque entonces habría que imputar a otros trabajadores con funciones parecidas-, que cooperase en el plan urdido por sus jefes y principales colaboradores. Sabía que se cometían irregularidades en la facturación y en la contratación, pero podía pensar que era temas fiscales, si bien no delictivos.

Es verdad que procedió a la adquisición de la sociedad De Goes S.L, pero lo hizo por orden de su jefe y socio de Alfonso Balbino . Y aunque operó como testaferro suyo ya que él no era el administrador de la sociedad, su labor se concretó en solicitar que los trabajos o ponencias encargados por Noos a consultores o colaboradores externos en lugar de que fueran giradas a dicha compañía lo fueran a De Goes, mas al margen de esa puntual intervención y referida a la emisión de facturas, si bien falsas, intrascendentes, pues los servicios que contemplaban se habían realizado (siendo la falsedad de orden doméstico o interno), no hay constancia de que tuviera conocimiento de la existencia de la empresa matriz De GoesLtd, ni del cruce de facturas entre esta y la filial De GoesS.L.. De hecho el grueso de la facturación y giro de las facturas corría a cargo de los hermanos Braulio y Victoriano y de Laura que también las giraba a Urbano .

Debe tenerse en cuenta que para Lucas , como existía una única organización, de Goes Center no era otra cosa que el propio Instituto Noos y de hecho él mismo era trabajador de DeGoes S.L.

El Sr. Lucas explica su condición de testaferro en cumplimiento de las exigencias y confianza debida a su jefe Balbino , y en este mismo contexto se explica que siguiendo sus indicaciones, cuando el Sr. Balbino tuvo por conveniente, le solicitó que le cediera la participación que él tenía en De Goes S.L y que otorgase poder a Urbano para que la FDCIS procediera a adquirir De Goes S.L - lo que comportaba adquirir a su vez De Goes LTD -. No consta que por tal operación Lucas hubiera recibido contraprestación alguna en pago de sus servicios, por lo que no hay porque pensar que su labor no fuera la de mero testaferro o mandatario, pero sin conocimiento de que estaba participando en la operativa de blanqueo ideada por Balbino , su cuñado y Urbano y en la que intervenían Braulio y Laura .

La declaración de responsables de Fundación M-16, Illes Balears Forum y de Valencia Summit indica que las actividades realizadas por Lucas consistían en la organización de eventos y tareas de comunicación.

El propio Urbano explica que a Lucas ni siquiera lo conocía y que en lo que se refiere a la adquisición de DeGoes inglesa y BH (la que controlaba la anterior radicada en Belice) lo que hizo fue cumplir el encargo que le hicieron Balbino y Victoriano y que ocurrió lo mismo por lo que se refiere a la compra por parte de la FCDIS de DeGoes Center.

Existen, es verdad, sospechas respecto a la participación de Lucas en los hechos cometidos, y más específicamente en lo que se refiere a su aportación en la adquisición del entramado fiduciario, pero tales sospechas no alcanzan la entidad y suficiencia mínima para poder formular un juicio de acusación, de modo que consideramos ajustada la decisión sobreseyente respecto de este imputado.

El recurso, por tanto, se desestima y se confirma el auto apelado.

*DECIMO.-Recurso de Manos Limpias en el que se solicita se amplíe la imputación de Alfonso y de Balbino y su mujer por delito de blanqueo de capitales y en el que cuestiona el sobreseimiento dispuesto respecto de Roberto .*

*.-De la imputación a Alfonso , Balbino y Laura de un delito de blanqueo de capitales. Convenimos con la parte recurrente - pero sin que sea necesario practicar ulteriores diligencias de investigación - que aparece perfectamente factible formular esta imputación. El Juez instructor la rechaza, no por razones fácticas, sino estrictamente jurídicas o sustantivas al considerar que en la fecha de los hechos el autoblanqueo no era típico al no haber sido incorporado al CP hasta la reforma operada por la LO 5/2010, que concedió al tipo penal del blanqueo de capitales la redacción actual.*

Se trata de una cuestión de calado jurídico y, por tanto, en la medida en que el Juez a quo admite que se utilizó un entramado societario y giro de mendaces facturas entre las sociedades vinculadas a Noos (todas ellas sin estructura, propiedad unas del matrimonio Balbino - Laura y otra - Aizoon - propiedad del matrimonio Alfonso - Eva ) tanto para repartir los beneficios, como para ocultar el sobre coste de los eventos y para distribuir el dinero malversado entre los socios Sres. Alfonso y Balbino en proporción del 50%, utilizando sociedades instrumentales o de segundo nivel, algunas de ellas radicadas en paraísos fiscales, que a su vez cruzaban facturas falsas y que parte de estos fondos acabaron remansando en cuentas de Andorra, Luxemburgo y Suiza, resulta factible que sobre estos hechos, en el trámite correspondiente, se pueda formular acusación por blanqueo de capitales, pues tales acciones encajarían en el tipo penal del artículo 301 del CP, ya que, insistimos, la fuente de tales beneficios no provendrían directamente de la malversación sino de actos de ocultación o de transformación posteriores.

La punición del auto-blanqueo respecto de hechos anteriores a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, en verdad, y contrariamente a lo sostenido en el auto apelado, no era un problema de legalidad o de tipicidad.

La Jurisprudencia del TS aceptó a partir del Acuerdo de su Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, la figura del autoblanqueo y de hecho en la Sentencia del TS número 974/2012, de 5 de diciembre, dictada en el conocido caso de Ballena Blanca y al tratar el delito fiscal como posible antecedente al blanqueo de capitales, resuelve expresamente la cuestión y señala que el Legislador al introducir en el Código el autoblanqueo lo que hizo fue despejar las posibles dudas que había en la doctrina sobre la interpretación legal, explicando que no existe inconveniente para que el autoblanqueo tenga incluso como delito antecedente un delito contra la hacienda pública cuando lo que es objeto de blanqueo es la cuota defraudada, siempre que ésta, de forma inobjetable, pueda ser identificada, y que la mayor parte de ella sea la que se destine a la adquisición de bienes receptados, porque si estos se adquieren con dinero que en su mayor parte no proviene de la cuota no ingresada no se podrá considerar cometido el blanqueo con antecedente en el delito contra la hacienda pública.

Con todo, la punición del blanqueo de capitales respecto del autor del delito antecedente obedece más a una problemática de cuál es el tipo de concurso que rige ambas infracciones, en aquellos casos en que se produce (pues si el delito antecedente no ha sido castigado no hay problemas para su punición): si estamos ante un concurso de normas, de manera que el delito de blanqueo queda absorbido por el delito antecedente, ya que en caso contrario ello infringiría la teoría de los actos co-penados o el non bis in ídem, puesto que los actos de blanqueo se corresponderían entonces con la fase de agotamiento o disposición de los beneficios derivados del delito antecedente ya penado, o si estamos ante un concurso de delitos en relación de concurso real y ambos tipos pueden ser castigados en atención a que su bien jurídico es distinto.

No vamos a anticipar ahora un debate propio del acto del plenario, pero lo que sí cabe señalar es que el TS se ha venido decantando desde el citado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 2006, aunque con alguna inflexión; y recientemente ha incidido en ello, ratificando la aceptación del autoblanqueo antes de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, en que la convivencia de ambos tipos lo es en relación de concurso real y que ambos delitos son compatibles, al no lesionar el mismo bien jurídico, incluso cuando el autor no es un tercero, sino el mismo que ha incurrido en el delito base precedente causa del blanqueo.

El parecer del TS no hace sino seguir la línea marcada por el GAFI (Grupo de Acción Financiera) - en su última recomendación de 2012, que ha postulado que el delito fiscal grave, al margen de discusiones sobre el origen ilícito de los fondos no declarados, debe ser considerado delito previo al blanqueo de capitales - y los criterios en los que actualmente está trabajando la Unión Europea, que está elaborando una nueva Directiva en la materia.

Claro exponente de esta línea Jurisprudencial es la doctrina que incorpora la Sentencia dictada en el caso conocido por "Ballena Blanca" (también cabe citar, aunque el TS en este caso casó la sentencia de la Audiencia por no haber concretado la Audiencia la cuota defraudada la 182/2014, de 11 de marzo.). Nótese que esta sentencia (nos referimos a la primera de las nombradas) comenta y cita la normativa española administrativa vigente en la materia de prevención del blanqueo de capitales (Ley 10/2010), en la que expresamente se recoge como bienes susceptibles de ser objeto de blanqueo la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la hacienda pública.

Volviendo a la cuestión de la punición del autoblanqueo la posturas jurisprudenciales pueden diferenciarse en dos (y la distinción la recoge nitidamente la STS 279/2013, de 6 de marzo): las anteriores al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 2006 y las posteriores a dicho acuerdo que, aunque con algunas en sentido contrario, se decantan mayoritariamente por la punición del auto-blanqueo ( STS 796/2010, 884/2012, 997/2012 y la 974/2012 - caso "Ballena Blanca" - que consolida esta interpretación. Como más recientes y correspondiente al año en curso podemos citar la 245/2014, de 24 de marzo), aunque es digno de reconocer que la mayor parte de ellas se refieren al delito de tráfico de drogas como delito precedente (la de Ballena Blanca admite por vez primera que el delito fiscal puede ser causa de blanqueo) y en estos casos lo que suele ocurrir es que las ganancias de estos delitos suelen comprender o abarcar periodos de tiempo más amplios o distintos de los que han sido objeto de condena por el delito contra la salud pública, por lo que no en esos supuestos difícilmente resulta de aplicación la teoría de los actos co-penados.

Con todo, la punición del auto-blanqueo, y sobre todo cuando el delito antecedente es un delito contra la hacienda pública, para que ambos delitos concurren en relación de concurso real, sí parece necesario que las ganancias procedentes del delito antecedente vaya precedido de un acto de ocultación o de transformación previa, el cual generalmente convive con otro tipo de infracciones - falsedades -. Se trata de evitar principalmente que la mera utilización o posesión de las ganancias obtenidas del delito anterior puedan ser consideradas actos de blanqueo, de ahí que se requiera algún acto de conversión o transformación precedente para deslindar la fase de agotamiento del delito anterior del posterior lavado del dinero sucio.



En el supuesto a examen las ganancias presuntamente obtenidas por los Sres. Alfonso y Balbino de la actividad contractual supuestamente ilegal y fraude a la administración, no procederían directamente de dicha actividad o de la estafa que también es objeto de imputación, sino de actos de ocultación posteriores mediante la utilización de un entramado societario ficticio con empleo de facturación falsa, lo que habría posibilitado encubrir el sobrecoste de los eventos y lograr que parte de esos beneficios remansasen en el extranjero. Igualmente la estructura fiduciaria simulada habría permitido la ocultación de los fondos y de sus verdaderos titulares.

Por tanto, cuando el dinero malversado entra en las cuentas de las sociedades instrumentales estaría ya previamente lavado.

El motivo se estima.

*Mantenimiento de la imputación a Roberto .*

Insiste esta parte apelante en que existen indicios de participación en la gestión de NOOS como miembro de su órgano de dirección al figurar como tesorero de la asociación y porque hay correos que avalarían que estaba al corriente de las actuaciones llevadas a cabo por Alfonso .

Lo cierto es que este imputado no es más que una figura decorativa en el Instituto Noos y, como dijimos, la posible influencia que su aparente participación en el órgano de dirección de IN trasladaba a terceros a través del folleto del instituto constituye una actuación de acompañamiento impune. De facto, no ha sido la existencia del folleto en el que se identificaba la Asociación Noos y como integrantes de la misma a Eva y a Roberto , que se significaba como secretario de la Casa Real, lo que influyó, ni determinó la celebración de los convenios de colaboración a los que se ha hecho referencia en fundamentos pretéritos, sino que ello obedeció a las entrevistas y contactos mantenidos por Alfonso con políticos y representantes de las entidades públicas contratantes.

En cuanto a los correos mencionados, a través de ellos se evidencia, ciertamente, una estrecha vinculación personal y relación con Alfonso , pero el contenido de estas comunicaciones indica más bien que la intervención del Sr. Roberto en la organización de los eventos realizados por Noos tuvo que ver con actuaciones de tipo protocolario y de corrección de estilo. No hay evidencias que acrediten que intervino en la gestión de Noos, ni de que se hubiera beneficiado con ello. No vemos razones para alzar el sobreseimiento. En este sentido nos ratificamos en el contenido y en cuanto afirmábamos en nuestro auto de fecha 7 de mayo de 2013 y en el posterior de fecha 29 de noviembre (Rollo 430/13), en el que si bien no decretamos el sobreseimiento de las actuaciones en contra de la solicitud del Sr. Roberto , ello fue debido a razones procesales y conforme al criterio que ha venido mantenido esta Sala

- coherente -entendemos, con el espíritu que impregna la ley de enjuiciamiento, relativo a que la Ley adjetiva criminal no reconoce un derecho a la defensa a solicitar un pronunciamiento anticipado de sobreseimiento, pues el momento oportuno para que éste pueda tener lugar es cuando el procedimiento llega a su conclusión, ya que es entonces cuando el instructor ha de efectuar un juicio positivo o negativo de imputación, lo cual requiere la determinación de unos hechos como colofón de las investigaciones.

La determinación de esa base fáctica resulta imprescindible para que el Tribunal de apelación pueda revisar la corrección del juicio de acusación, ya sea positivo o negativo.

De todos modos, la solicitud de imputación formulada por la acusación recurrente resulta de todo punto incoherente atendida la actitud procesal desplegada. Decimos esto porque se pretende conseguir la imputación del Sr. Roberto por su participación en Noos y en cambio no se postula la imputación de Eva (extremo éste que revela lo inconsistente del incidente de recusación). No olvidemos que la posición de la Sala en nuestro auto de 7 de mayo de 2013 fue la de suspender tal imputación, pero no hubo pronunciamiento sobreseyente al respecto, aunque el Juzgador tácitamente así lo ha considerado, lo que no imposibilitaba que la parte apelante, en caso de estar en desacuerdo, lo cuestionase nuevamente con ocasión de su apelación. No lo ha hecho y, por tanto, no tiene sentido, por razones del principio de igualdad, que la acusación popular solicite que se deje sin efecto el sobreseimiento de Don Roberto por los mismos hechos que finalmente admite - por no cuestionarlo - que no fueron cometidos por Eva .

El motivo se rechaza.

*UNDÉCIMO.*- Nos corresponde ahora entrar en el examen del recurso promovido por la defensa de Don Alfonso ( *recurso número XI*).

Se queja en primer lugar la defensa de Alfonso de que se ha producido la vulneración del derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la CE, por abuso sistemático, bien del secreto de las actuaciones, o de que estas han sido sustanciadas y seguidas a espaldas del recurrente.

El secreto de las actuaciones constituye una herramienta útil y necesaria para la instrucción. No es la extensión temporal del secreto por un plazo determinado o su recurso en determinados momentos lo que determina su proscripción, sino su justificación y sobre todo que de ello se derive efectiva y material indefensión.

Por tanto, si la declaración del secreto, total o parcial, de la instrucción, incluso para las partes personadas, se halla justificada y razonada y una vez alzada dicho secreto no se causa indefensión, en tanto en cuanto se de oportunidad al imputado o afectado de solicitar o intervenir en otras diligencias de investigación, ya de cargo o de descargo, no cabe invocar que ello le haya provocado indefensión constitucionalmente relevante y lesiva para su derecho a la defensa.

El recurrente alega una indefensión que no explica, ni motiva y de facto llama la atención que pudiendo hacerlo, si le conviniera para su defensa, no aprovecha su recurso para demandar la práctica de aquellas diligencias de investigación no efectuadas que estime necesarias para su descargo o de aquellas otras que, siendo de cargo, quisiera reiterar para su desacreditación o puesta en entredicho o simplemente para que se practicasen de modo contradictorio.

Conviene precisar que nuestro Tribunal Constitucional tiene declarada con reiteración la constitucionalidad del secreto de las actuaciones y la conceptúa como una medida jurídicamente admisible, sin más restricción que la de que su adopción no deberá prolongarse más allá del tiempo del que sea estrictamente necesario para preservar el fin legítimo de la investigación judicial de los hechos y permitir, mediante su levantamiento progresivo o de una sola vez, que las partes procesales puedan tener conocimiento de todas las diligencias practicadas en la causa antes de que se acuerde la conclusión del sumario, o de la fase de instrucción para poder instar lo que a su derecho convenga.

La Jurisprudencia del TS y la doctrina del TC y del TEDH son concordantes en esta materia.

Así el TC - por todas SSTC 174/2001, de 26 de Julio y 176/1988, de 4 de Octubre ver lastc155/2004, que declara la Constitucionalidad de esta medida y su compatibilidad con los derechos fundamentales-, añadiendo que el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar si se ha producido o no indefensión. Así, ésta vulneración se producirá con independencia de tiempo más o menos prolongado de duración de la medida si su adopción no fue razonable o si no aparece debidamente justificada y, en todo caso, si no se concede la oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en el sumario y bajo la vigencia del secreto hayan sido practicadas (en el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del TS de 26 de Diciembre de 2005 y de 11 de Julio de 2003).

En suma, lo esencial no es si el secreto se extiende durante más o menos tiempo sino si estaba justificado (al respecto de lo cual ya se pronunció esta misma Sala en recursos precedentes), y si se produjo con posterioridad indefensión, lo que dependerá de que puedan o no pedirse y llevarse a cabo diligencias de investigación por los imputados o encausados.

Con todo, si finalmente del secreto se hubiera derivado indefensión, esta sería achacable a la actitud negligente de la parte recurrente, ya que pudiendo atacar el auto transformador a fin de solicitar nuevas probanzas ha optado por desistir y no hacerlo.

En cualquier caso, el examen de esta cuestión se ha de ubicar, necesariamente, en la audiencia previa prevista en el artículo 786.2 LECrim, para el procedimiento abreviado, que no impide su traslación funcional, por vía analógica, al ámbito del procedimiento ordinario como ha tenido oportunidad de afirmar el Tribunal Supremo ( SSTS 11.10.2006, 22.4.2002, 17.9.2001), rectificando una rigorista línea interpretativa que rechazaba dicha posibilidad.

El motivo, por consiguiente, se rechaza.

Critica, de otra parte, el recurrente que su defendido haya podido cometer delitos de prevaricación, fraude a la administración, tráfico de influencias y de malversación, por

cuanto según explica si bien desde el punto de vista subjetivo los contratos se celebraron con empresas y entidades públicas sujetas al derecho privado (CACSA, FTVCB, IBATUR, ILLESTUR), a excepción de la preparación de los Juegos Europeos (en donde interviene la Comunidad Autónoma), por el objeto de tales contratos - de colaboración y patrocinio - se hallaban excluidos de la aplicación de la normativa reguladora de

los contratos administrativos y por tanto eran del todo ajenos a los presupuestos de publicidad y concurrencia competitiva.

Al respecto de esta cuestión nos remitimos a lo ya resuelto al tratar de los contratos de colaboración y a la contestación dada sobre el particular a otros recurrentes que utilizaron en su descargo esa misma tesis

Debe recordarse, sin embargo, otra vez, que obran en la causa informes de la Intervención General del Estado sobre el particular, pronunciándose a favor de que los convenios de colaboración celebrados por el Instituto Noos y la FDCIS sometidos a enjuiciamiento por su objeto: asistencia técnica y prestación de servicios, debían de haberse sustanciado conforme a las normas de contratación que rigen los contratos públicos, rechazando la posibilidad y nunca antes lo habían visto que una administración, siquiera instrumental, pudiera concertar un contrato de patrocinio con un particular, ya que lo normal, conforme a este tipo o clase de contratos, es que ocurra lo contrario: que el particular patrocine al ente público.

Este tema seguro que se reiterará en el acto del juicio oral y allí deberá de existir un pronunciamiento definitivo sobre el particular. Ahora basta y es suficiente con que quepa realizar un juicio probable de acusación y éste aparece colmado con creces.

En el fondo la misma parte recurrente lo reconoce y es consciente de que a partir del contenido del auto apelado existe fundamento para una acusación, quedando relegado a la sentencia y al debate del juicio, si esa acusación y las pruebas que se articulen, tanto de cargo como de descargo, permitirán enervar la presunción de inocencia. Por consiguiente habrá que estar a lo que allí acontezca.

Reiteramos que el delito de prevaricación puede cometerse tanto porque la resolución - en este caso el convenio -, se hubiera convenido con clamorosa infracción de la legalidad, de tal modo que se tratase de un convenio suscrito a sabiendas de su injusticia y conociendo que a través del mismo se encubría un contrato o subvención, como aún respetando aquella y estimando que los convenios no estaban sujetas a las normas de contratación pública, si se considerase que dicha concertación no vino propiciada o surgió de la necesidad de satisfacer el interés público que permitiría justificar esa concertación, sino que habría sido manifestación de un acto de desviación o de abuso de poder, surgido del tráfico de influencias. Hipótesis esta que es la que vierte y recoge el auto apelado y mantienen también las acusaciones personadas, tanto la oficial como las populares.

Por tanto, el respeto o no a las reglas de la contratación podría constituir un indicio de su ilegalidad y del fraude a la administración y haber servido de cauce para dar lugar a la malversación, pero no sería la causa determinante de tales comportamiento, a tenor de la versión judicial que contempla y describe el auto apelado en su extensa narración, sino que estos se justificarían presuntamente en el tráfico de influencias, el cual explicaría que para la contratación se hubiera acudido a la utilización de administraciones instrumentales y a la figura de los convenios de colaboración, en los cuales el importe de la prestación económica a satisfacer al Instituto Noos, atendido el carácter subjetivo en que se fijó y elevado coste económico del compromiso contraído de fondos públicos, en consideración al objeto de estos convenios, así como la falta de control en el gasto por parte de las entidades a través de las cuales se habrían canalizado los fondos públicos, que eran las obligadas a la fiscalización, por mucho que luego ellas fueran a su vez fiscalizadas por las administraciones de las que dependían, podría hacer suponer que dichos importes y prestación en que constituía la colaboración de los entes públicos se habría fijado, no atendiendo a los serios y rigurosos criterios que han de regir la disposición de los fondos públicos, sino en consideración a la entidad beneficiada de los mismos, por aparentar que se trataba de una entidad sin ánimo de lucro y por las personas relevantes que figuraban estar en su organización. De ahí que la suscripción de tales convenios y en la fijación de los fondos públicos a destinar hubiera podido incurrirse en trato de favor o privilegiado, circunstancia de la que se habrían aprovechado los gestores y socios de Noos para lucrarse ilícitamente.

El único aspecto reseñable, en lo que a los convenios de colaboración se refieren y que precisaría de un cierto comentario por nuestra parte, con relación a las alegaciones que hace la defensa del Sr. Alfonso y que incide, como hemos dicho, en cuestionar que por el objeto de los convenios de colaboración estos hubieran de cumplir las normas de contratación pública (si bien no cuestiona que desde el punto de vista subjetivo las entidades públicas intervinientes les afectase la Ley de Contratos), guarda relación con el papel del recurrente en la FDCIS.

Sobre este extremo concreto, la defensa del Sr. Alfonso niega que después de abandonar en marzo de 2006 el Instituto Noos, su representado hubiera participado en la constitución de esta fundación para seguir dedicándose a los negocios, a pesar de que la Casa Real le habría solicitado que abandonase tales actividades y en concreto que dejase de contratar con Administraciones públicas y entidades a ellas vinculadas. Sin embargo, tal y como señala el auto apelado, existen indicios que confirmaría que el Sr. Alfonso y Balbino

crearon la fundación Deporte Cultura e Integración Social en el año 2006, para continuar contratando con entidades públicas y ello con el objetivo de dejar de utilizar la Asociación Instituto Noos, debido a la mala imagen que dicha entidad podría haber suscitado en la opinión pública. En relación a esta cuestión el Sr. Saturnino ha reconocido que actuó como testafarro del Sr. Alfonso para la constitución de la fundación - "me pidió el favor de si yo podía ser fundador porque él no podía aparecer, sin que me explicase la razón y yo no se la pedí" - y manifestó que el día de su constitución en la notaría acudió acompañado de Alfonso y de Balbino. Explicó Saturnino que los responsables de la fundación iban a ser Balbino como Director General e Alfonso como Presidente del Consejo Asesor.

Las manifestaciones del Sr. Saturnino vinieron confirmadas por el testigo Hipolito, en cuanto a la participación activa y al máximo nivel del Sr. Alfonso en todos los avatares de la FDCIS, ya que dicho testigo, que fue Presidente de su Patronato hasta octubre de 2008 (órgano que al parecer nunca se reunió), el cual ha declarado que las personas que le solicitaron ostentar este cargo fueron, primero Balbino, y dos o tres meses después, Alfonso y por lo que se refiere a las negociaciones que presidieron la firma del convenio marco suscrito con la Fundación Madrid 16, todos sus partícipes en ellas manifestaron que Alfonso se presentó ante ellos como la cabeza visible y responsable de la FDCIS.

Constan en las actuaciones, también, que la dotación aportada por el testafarro Saturnino le fue luego devuelta como consecuencia de la disolución y liquidación de la fundación ARETÉ, la cual cedió todos sus activos, fondos y pasivos a la FDCIS. La cantidad aportada para la constitución de ARETÉ a partes iguales por Balbino e Alfonso fue de 30.000 euros. De ahí, que el Sr. Saturnino recuperase su aportación mediante la emisión de dos facturas por ese mismo importe contra el Instituto Noos.

Basta añadir la existencia de un correo electrónico que resulta muy ilustrativo a la hora de concluir sumariamente que el recurrente Alfonso se hallaba tras la gestión de la FDCIS.

Nos referimos al correo que puede examinarse en el folio 11.298, que Lucas - trabajador de Noos - remitió el 20 de diciembre de 2006 a Balbino e Alfonso, en el que dice textualmente:

"... adjunto propuesta para que Alfonso pueda explicar su implicación en la fundación en un momento dado. Por favor, Alfonso, dime si la slide 22 te parece suficientemente suavizada o si todavía "chirría".

En cuanto a las imputaciones por delito fiscal admite irregularidades administrativo- tributarias, pero en modo alguno que la cuota defraudada llegue a superar los límites del delito fiscal y menos aún en el impuesto de sociedades.

De acuerdo con este alegato se acepta por el recurrente que existe un fundamento para formular acusación por sendos delitos fiscales en el impuesto de la renta de los ejercicios de 2007 y 2008.

La determinación definitiva de la cuota tributaria, y si esta superó o no el límite del delito fiscal, es cuestión a decidir por el Tribunal sentenciador a partir de la prueba a practicar en el juicio oral, bajos los principios y garantías procesales de publicidad, inmediatez y contradicción.

Se desestima el recurso.

**DÉCIMOSEGUNDO.**-*Corresponder ahora el turno al recurso interpuesto por la defensa de Balbino y su esposa Laura (Recurso número XII).*

Aunque el recurso y la previa reforma son extensísimos en su exposición y cita de doctrina, cabe sistematizar su contenido del modo siguiente:

Respecto de Laura se queja su defensa de aunque fuera socia o miembro del órgano de administración de algunas de las entidades que coparticipaba con su marido, ello no es suficiente para su imputación. Se hace necesario que hubiera participado en los hechos, dado que a tenor del principio de culpabilidad la responsabilidad es personal.

A tal efecto, indica, los informes de la Agencia Tributaria son concluyentes (informe avance 4) respecto a que Laura no participaba en la toma de decisiones del Instituto Noos, ni en las sociedades del grupo, ni en la elaboración de proyectos, ni en su presentación y venta a determinados clientes. Ni era ella quien elaboraba la facturación, ni la que determinaba los importes o personas o entidades a quienes se debían girar las facturas.

Es por ello por lo que que Laura ha de ser excluida de este procedimiento y ha de recibir el mismo trato que Eva dado que su papel fue el mismo - formar parte de entidades vinculadas al Instituto Noos, que libran facturas a la entidad matriz, pero sin participación en la gestión y en la toma de decisiones -. Ver

informes avance a los folios 19354 a 59 y la transcripción de la comparecencia de los peritos informantes - folios 26691 a 26740 TOMO LV-.

Con todo, insiste la parte apelante, tanto Balbino como su esposa Laura actuaron en todo momento en la creencia de que su actuación era legal y correcta por cuanto contaban con el amparo y tutela de los aparatos del Estado y concretamente de la Casa Real, cuya participación resultaba evidente de la composición misma de la Junta Directiva del Instituto Noos, ya que en el órgano de dirección figuraba el yerno del Rey como Presidente, así como su mujer de vocal y de tesorero el secretario de Eva el Sr. Roberto .

El sobreseimiento de la causa respecto de Laura se impone, denuncia, por cuanto no era socia del Instituto Noos, ni realizaba labores de gestión ni de administración. Simplemente, se trataba de una administrativa que trabajaba como una empleada más. Es vedad que en 2007 adquirió el 50% de las participaciones sociales del Instituto Noos, pero lo hizo a requerimientos de su marido. En todo caso ella nunca intervino en la gestión.

Respecto a la contratación llevada a cabo por el Instituto Noos y cuya ilegalidad se predica en el auto combatido, la de patrocinio deportivo se halla fuera del ámbito de la contratación administrativa, al igual que el resto de contratos de colaboración que, por su objeto, no estaban sujetos a las exigencias del respecto a los principios de concurrencia y publicidad.

En todo caso, la cabeza visible y quien realizó la influencia para la contratación y trató directamente con funcionarios y responsables políticos fue su socio Alfonso , debiendo de tener en cuenta que éste en Noos contaba con mayor número de apoyos: su esposa y el Sr. Roberto . Balbino ninguna intervención tuvo en los contratos ni en las negociaciones previas y si se incurrió en conductas delictiva en la contratación nada tuvo que ver. Balbino no es funcionario, ni fue él quien ejerció influencia sobre los mismos, ni se concertó para defraudar a la administración. De ser así ello sería imputable al entorno de Alfonso , ya que era él y su gente quienes ostentaban la mayoría de integrantes de la Junta Directiva del Instituto Noos.

En cuanto a la creación de la Oficina del Proyecto y contratos de colaboración corporativa y de imagen vinculados al patrocinio del equipo ciclista Illes Balears Banesto, de las actuaciones se deduce que NOOS consultoría ostentaba los derechos de imagen del equipo ciclista Banesto.com y, por tanto, si hubo irregularidades en la contratación éstas no serían trascendentes, pues aunque se hubiera omitido en el expediente hacer constar la exclusividad, aquella en verdad existía.

Lo que está claro, para la parte apelante, es que no se puede imputar a Laura un delito de prevaricación, ni tampoco de fraude a la administración, ni tampoco de malversación, atendido que se trata de delitos especiales propios que solo pueden ser cometidos por funcionarios. Y el extraneus solo puede ser partícipe como cooperador necesario o inductor, pero, se insiste, Laura no intervino, ni el auto dice de qué modo colaboró en tales conductas. No hubo por parte de Laura ni de Balbino aporte causal alguno que permita la atribución de los delitos de prevaricación, fraude ni de malversación.

Quien propició las relaciones y encuentros con políticos y responsables de las entidades contratantes fue el yerno y hoy cuñado del Rey.

Protesta la defensa del trato hiriente que dice haber recibido Laura en comparación a Eva y de otros imputados al respecto de los cuales se ha decretado el sobreseimiento. Laura , al igual que Eva , supuestamente formaban parte del entramado societario. Eva estaba en Aizoon a la que se derivaron fondos presuntamente malversados, empero a ella no se le imputa participación ninguna en los hechos. Cómo se puede hablar de malversación si el dinero recibido tuvo el fin encomendado y los eventos se realizaron, se lamenta el recurrente.

Insiste en la existencia de error de prohibición y en la no conciencia de la antijuridicidad de la conducta delictiva que se les atribuye a Balbino y a Laura .

Se remite en cuanto al cumplimiento de las normas de contratación por no ser objeto de los contratos administrativo, a lo alegado por otros recurrentes - Amador -

Basta examinar los razonamientos y alegaciones que hace la parte apelante para comprobar que principalmente el recurso tiene por objeto obtener un pronunciamiento de sobreseimiento respecto de la esposa del Sr. Balbino .

Parte la defensa de Laura , el papel en el entramado societario de su patrocinada y de Eva fue coincidente y la respuesta jurídica en ambos casos debería ser la misma.

Esa afirmación no se corresponde con la realidad de lo actuado. La confusión ha sido propiciada por el propio Instructor que ha querido equiparar la conducta de ambas.

Resulta innegable, pues ha sido comentado hasta la saciedad, que Eva formaba parte del órgano de gestión y dirección de la Asociación Instituto Noos, en cuanto era vocal del Instituto.

Ahora bien, a partir de ahí y a salvo de su papel decorativo y utilización de su nombre en el órgano de dirección del Instituto para hacer aparecer que el mismo contaba o podía contar con el respaldo de la Casa del Rey, no existe evidencia ninguna que acredite que Eva participó en modo alguno en la gestión del Instituto.

Por el contrario, la Sra. Laura sí que trabajaba para dicha entidad y para las sociedades del grupo, en tanto en cuanto era la que se encargaba personalmente de labores de recursos humanos y de la contratación y selección del personal. Físicamente prestaba servicios para el Instituto Noos y las sociedades vinculadas a ella y su marido.

Ocurre, además, que Laura y su hermano Laura Braulio Victoriano se encargaban de remitir la facturación a la sociedad fiduciaria de Goes Inglesa a través del despacho de Urbano, para que éste a su vez la reenviase al despacho de abogados de Londres que se encargaba de la llevanza de la contabilidad. Luego le remitían a ella, por mediación de la Secretaria de Urbano, la facturación de esa sociedad y de la matriz que estaba en Belice (BH).

En su recurso la defensa de Laura orilla por completo la cuestión relativa al dinero remansado en bancos de Andorra, Luxemburgo y Suiza, con cuentas corrientes a nombre de la recurrente, siendo ella cotitular de los fondos custodiados en Suiza.

Por tanto, su papel no es en modo alguno equiparable sumariamente hablando al de Eva, que efectivamente era socia al 50% de la entidad Aizoon, sociedad instrumental utilizada por Alfonso para desviar el dinero presuntamente malversado, y como instrumento para repartirse al 50% los beneficios obtenidos por Noos y su grupo con su socio el Sr. Balbino.

Es innegable que Laura no participó en la concertación con las entidades públicas, pero cooperó con su marido en el apoderamiento de los fondos públicos obtenidos de la actividad ilícita de Noos, en la que ella trabajaba, a través del entramado societario que sirvió para desviar y ocultación de tales fondos y conseguir que todos, o parte de ellos, quedasen ocultos en el extranjero al ser titular de los mismos una sociedad opaca de la que su marido tenía poderes y los dos manejaban sus fondos a través de Internet.

Dicha participación es causal y esencial, tanto para el apoderamiento de los fondos de Noos, en tanto en cuanto como entidad sin ánimo de lucro no podía repartir beneficios, como para ocultar el origen de los mismos y conseguir aparentar que parte de ellos eran lícitos y en consecuencia para blanquearlos, beneficiándose de ello como lo demuestra que todos o parte de las ganancias obtenidas acabaron recalando en cuentas en el extranjero de la que la recurrente era cotitular juntamente con su marido.

Por su condición de jefa y responsable directa de recursos humanos la recurrente sabía y participaba en ello, que el entramado NOOS era una estructura meramente formal en la que los empleados que realmente trabajaban en las varias sociedades - los había ficticios con la finalidad de aplicar la libertad de amortización - en realidad lo hacían para una sola, a través de la cual lo único que se buscaba era canalizar los beneficios obtenidos por su marido e Alfonso obtenidos principalmente de contrataciones públicas.

Todo ello pone de manifiesto la existencia de un acuerdo de voluntades entre ambos esposos y de un dolo compartido en el apoderamiento del dinero presuntamente malversado para su posterior blanqueamiento y disfrute de los beneficios ilícitamente obtenidos, pues de no ser así no se hubiera intentado ocultar su origen y pertenencia.

Por lo que se refiere a la participación que a la recurrente le atribuye el Juez a quo en un delito contra la hacienda pública cometido por su marido, la defensa se apoya para solicitar el sobreseimiento por estos hechos sobre la base del informe Avance 4 emitido por la Agencia Tributaria.

Trataremos esta cuestión en profundidad al dar respuesta a los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la defensa de Eva con respecto a esta misma cuestión, aunque referida a la defraudación de los impuestos de la renta de su marido Alfonso en las anualidades de 2007 y 2008.

Para salir al paso, basta decir ahora que esta imputación en modo alguno se presenta absurda por mucho que la esposa de Balbino no participase en la gestión del Instituto Noos y de las entidades pantalla

a él vinculada, pues la clave de la imputación no está en quien de los dos era el que generó las rentas, sino que estas se ocultaron a través de sociedades pantalla de las que la recurrente era socia al 50%.

Se trata, como seguidamente comentaremos al abordar esta misma cuestión con relación a Eva, no de un problema objetivo de participación o cooperación en la defraudación, ya que si esta tuvo lugar fue porque la renta personal obtenida por Balbino en lugar de ser declarada como tal se ocultó utilizando sociedades instrumentales que carecían de estructura alguna para pagar menos a través del impuesto de sociedades, y en las que la aquí recurrente participaba como socia al 50% y en algunos casos era incluso administradora, sino de un problema de dolo. Esto es, si la recurrente conocía el propósito defraudatorio de su marido y si conociéndolo sabía que cooperaba en él.

Por lo que respecta a las alegaciones que hace Balbino respecto a que la concertación de Noos se debió principalmente al papel de su socio y no al suyo. Probablemente es verdad, pero de lo actuado y de la declaración de multitud de testigos y de los responsables de las entidades públicas contratantes y de otros imputados, cabe indiciariamente colegir que entre ambos socios existían un reparto de papeles o de roles, así mientras Alfonso era la cara visible de la asociación Instituto Noos, esto es, quien se encargaba de las relaciones públicas, o lo que es igual el socio comercial o de influencia, Balbino era la persona que se encarga del aspecto organizativo y del funcionamiento interno del grupo Noos. Era él el quien daba ordenes a sus cuñados para la llevanza de la facturación indicando cual de las sociedades del grupo debía de emitir facturas a Noos, o de ellas entre sí, e impartía instrucciones a Braulio sobre cómo había que distribuir entre él y su socio Alfonso el importe de los beneficios obtenidos. Balbino firmó los convenios de colaboración e intervino en algunas de las reuniones previas a estos o a otros contratos (se entrevistó con Lorena y con el Secretario de Eventos de la Generalitat, y con Esmeralda y su equipo en relación al convenio de colaboración suscrito con la fundación Madrid 16). También se reunió con Braulio y Victoriano con Urbano para el diseño de las entidades opacas y utilizó a Lucas para que actuase como administrador fiduciario de DE GOES CENTER S.L (la compañía española). En suma, existen indicios que avalan las imputaciones que el auto apelado describe del recurrente Balbino, quien habría podido incurrir en los delitos de prevaricación por inducción, tráfico de influencias, fraude a la administración, estafa, malversación, delito contra la hacienda pública y blanqueo de capitales.

Resulta difícil sostener, ante la existencia de los relacionados indicios de criminalidad, que el recurrente mantenga no haber tenido conciencia de la antijuridicidad de su conducta, al confiar que de haber actuado irregularmente habría sido alertado y puesto en aviso por los servicios de seguridad del estado que tutelaban el proceder diario de su socio y de la mujer de éste. Más bien parece que actuó confiado en por ser socio de Alfonso y hallarse éste emparentado con la Familia Real y utilizar a Eva como escudo fiscal, siguiendo la idea diseñada por su cuñado Victoriano, en tanto asesor fiscal de Noos y que éste hubo comentado al notario con el que el grupo trabajaba, jamás iba a ser sujeto a investigación penal.

En todo caso la acreditación del error, por ser él quien lo alega, compete a la defensa y será en el juicio donde deba acreditarlo.

El recurso ha de perecer.

DECIMOTERCERO.-Recursos del Ministerio Fiscal y de la defensa de Eva. Abordaremos también conjuntamente las alegaciones de la Abogacía del Estado, cuya posición procesal como comentaremos se presenta mucho más coherente y conforme con la finalidad del auto transformador y consecuencias que dicha decisión procesalmente comporta (Recursos número XIII y XIV).

Haremos un resumen de las alegaciones que realiza cada parte:

*El Ministerio Fiscal:*

De acuerdo con el planteamiento del Ministerio Fiscal, el Juez Castro atribuye a Eva haber cooperado en el delito fiscal cometido por su marido Alfonso en los ejercicios fiscales de 2007 y 2008, recogiendo dos hipótesis: que se considere Aizoon una sociedad pantalla o, que no lo fuera, así como de delito de blanqueo por haberse beneficiado del dinero malversado y defraudado que recibió Aizoon de NOOS y de la actividad profesional de Alfonso en entidades privadas a partir del año 2006. El blanqueo habría consistido en destinar fondos de Aizoon en determinados gastos familiares y personales que se analizan en el recurso.

En esencia, el Fiscal después de criticar el cambio de parecer operado por el Juez a quo en el auto de fecha 5 de marzo de 2012 - que denegó la imputación - y en el posterior que la acordó - no lo olvidemos, siguiendo la línea de investigación trazada por esta Sala en nuestro auto de 7 de mayo del pasado año - se opone a que Eva pueda ser juzgada por un delito fiscal y de blanqueo de capitales. Respecto del delito

fiscal, alega el Ilustre Ministerio que solo sabemos que Eva conocía que su marido canalizaba los ingresos de su actividad profesional a través de Aizoon, pero ello no es suficiente para deducir que fuera conocedora de que su marido defraudaba en el impuesto de la renta de él. Eva no participaba en la gestión de Aizoon, nos recuerda el Ministerio Público.

El instructor utiliza tres datos inocuos para atribuir a Eva imputada cooperación en la defraudación: ser socia de Aizoon, ser la esposa de Alfonso y haber realizado gastos personales con cargo a Aizoon. Pero ser socio mayoritario no puede ser confundido como socio de control. El asesoramiento fiscal lo llevaba despacho DIRECCION000 . Y la declaración de la renta un asesor de la Casa Real. Aunque conociera y participase en la forma de contratación del personal doméstico, dicha conducta no sería delictiva. Eva ni conocía el origen de los fondos de Aizoon, y menos aún conocía cual era su adecuada tributación. No es posible atribuir delito fiscal a una persona ajena al control de la sociedad y afirmar que colaboraba en el fraude fiscal es una mera conjetura.

El Juez recoge una doble defraudación en la renta de él y en sociedades de la sociedad familiar Aizoon, pero esta segunda hipótesis debe ser desechada, por cuanto el propio Juzgador admite y reconoce que Aizoon es una sociedad pantalla y por tanto simulada.

Aizoon entre los años 2006 y 2008 no recibió ingresos procedentes del NOOS, ni de sus sociedades vinculadas. Los únicos ingresos que le constan provienen y traían causa de compañías privadas. Se trata por tanto de ingresos lícitos.

Respecto del delito de blanqueo con base en un delito antecedente contra la hacienda pública por defraudación del IRPF de su marido, lo justifica el Instructor por los gastos familiares y personales con cargo del patrimonio de Aizoon. Por supuesto, ha de tratarse de disposiciones posteriores a julio de 2008, ya que los fondos dispuestos han de provenir de la cuota defraudada de los ejercicios de 2007 y 2008 y por tanto con posterioridad a junio de 2008, que es cuando finaliza el plazo para la presentación del impuesto correspondiente al ejercicio de 2007

El delito no lo ha podido cometer Eva : los fondos de Aizoon desde el año 2006 provienen de entidades privadas para las que prestaba servicios profesionales el marido de Eva y los gastos personales supuestamente imputados a Eva son mínimos: poco más de 17.000 euros en el año 2008 y de 11.000 en el 2009.

Además, no concurría dolo en el proceder de Eva , ni directo ni eventual. El primero requiere conocimiento de la omisión de la declaración correcta y aceptación del resultado. En el dolo eventual el resultado no se busca directamente, pero se representa como altamente probable o posible.

Todo lo anterior lo predica de Laura porque el delito fiscal que se atribuye a Balbino lo es como gestor real de todo el entramado societario.

Termina el Fiscal su alegato defensivo, denunciando que el Juez Castro ha actuado como Juez y parte, habiendo asumido funciones acusatorias que no le corresponden.

#### *La defensa de Eva*

Destaca el Letrado Sr. Silva que los informes de la AEAT posteriores a nuestro auto pusieron de manifiesto que Eva no había participado en el delito contra la hacienda pública. Informe pericial de parte - folios 25.444 a 25.545, también ratificado folios 26.741 a 66-.

Lo que esta defensa espera, se dice, es un análisis y revisión estrictamente jurídica de los argumentos de la decisión adoptada y, en general del material, pretendidamente incriminatorio.

La representación Letrada de Eva desarrolla sus alegaciones sobre la inexistencia de indicios de delito en la actuación de su representada.

#### **1 .- DE LA INEXISTENCIA DE INDICIOS EN RELACIÓN AL DELITO FISCAL:**

Para empezar discrepa y critica el auto por contemplar un escenario de doble defraudación alternativa, cuando debería de haber fijado el hecho imputado.

Como es un delito especial propio, su participación solo pudo haber sido a título de cooperador, pero hay que tener en cuenta que Eva no tuvo intervención en el entramado societario, ni era administradora de hecho ni socia de control, ya que no participaba en la gestión.



- En su aspecto objetivo: Ser socio mayoritario sino ejerce el control no puede ser considerada partícipe activo. Es necesario que estemos ante un administrador de hecho o ante un socio que tenga una mínima intervención en el efectivo dominio de la compañía.

No hay motivos para pensar que la compañía - constituida en 2003- fuera creada para cometer un delito fiscal en el año 2008. En la práctica un socio no administrador de hecho o de Derecho no es jamás objeto de querrela del Fiscal o de la Agencia Tributaria.

Jurisprudencialmente tampoco basta la condición de cónyuge y administrador para responder penalmente como autor o cooperador en el delito cometido como autor por el esposo. Ella, es verdad, que se hubo beneficiado de gastos y percibido bienes o servicios pero no hay indicios de que fuera ella quien los contrató ni quien verificó la imputación como gasto deducible.

Tampoco cabe participación omisiva achacable a Eva, pues el socio no se halla en posición de garante con respecto a la actuación de los administradores por la gestión de la sociedad. No recaen sobre él especiales deberes de control o de vigilancia o investigación sobre la gestión del administrador de hecho o de derecho - tiene simplemente unos derechos, pero no obligaciones con relación al control a ejercer sobre el administrador -.

Su posición jurídica se ciñe a instar determinados derechos.

- No hay indicios en su aspecto subjetivo.- Al analizar este punto la defensa admite y reconoce sin ambages, que la mayor parte de los Tribunales del país sostienen que la concurrencia o no de indicios que apunta a la existencia del dolo o del elemento subjetivo del tipo de que se trate es una cuestión que debe dilucidarse en el acto del juicio oral. Sin embargo pide a la Sala que se pronuncie sobre la cuestión sin necesidad de relegarla al acto del plenario, asumiendo, paladinamente, que ya en el auto de 7 de mayo se abordaron cuestiones de similar calado.

Al tratar el dolo del que coopera en un delito ajeno, nos recuerda el Letrado recurrente, que se hace precisa la concurrencia del doble dolo: conocimiento de los rasgos esenciales del hecho realizado por el autor y que el partícipe contribuye causalmente a la realización de la conducta.

Sobre ambos elementos del doble dolo del partícipe, se argumenta que:

a) No existe dato ninguno que apunte a que Eva estuviera al corriente de las irregularidades tributarias de su marido - no olvidemos que Alfonso no omite la declaración sino que la que realiza, al parecer, resultó ser inveraz-. La participación en una sociedad familiar puede ser entendida como medio legítimo de ahorro fiscal. La aplicación de fondos a gastos familiares tampoco es un dato que avale el conocimiento de las irregularidades tributarias, ya que no es ella la que imputaba esos gastos. A ello, se añade, que ella no tenía conocimientos de fiscalidad y dada la relación de confianza existente no había razones para sospechar que el marido estuviera incurriendo en irregularidades fiscales.

b) Tampoco se le puede atribuir una ignorancia deliberada - teoría que asimila ciertas situaciones de desconocimiento al dolo -. Se exige una representación suficiente de los elementos que definen en tipo delictivo - sospecha de la anormalidad de la actuación y una indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pese a representarse el riesgo que su conducta le puede aparejar -. Como segundo elemento se hace preciso la decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se quiere evitar. Y un comportamiento motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia.

Para la defensa, si Eva se mantuvo en la ignorancia fue debido a su falta de capacitación y porque actuaba confiada en la relación matrimonial. Desde esta perspectiva el desconocimiento por parte de Eva de los aspectos contables y fiscales de Aizoon resulta explicable y de ahí el contenido de su declaración que es analizada por el Juzgador como un elemento en su contra.

## 2.- SOBRE LA INEXISTENCIA DE INDICIOS EN RELACIÓN AL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES.-

Concurren razones procesales y sustantivas para rechazar el delito de blanqueo de capitales, en opinión de la parte apelante.

Así, en primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el tipo penal que castiga el blanqueo de capitales las conductas o acciones típicas que describe exige y requiere una desvinculación entre el delito antecedente del que provienen los bienes receptados y el acto posterior de blanqueo, de tal modo que este ha de ir dirigido

a ocultar el origen ilícito de tales bienes. Esto es, a lavarlos o blanquearlos, convirtiendo el dinero sucio - por diferenciación al negro, que es el no declarado, pero de origen lícito - en aparentemente de curso legal. A parte de eso es necesario, desde el punto de vista del elemento subjetivo del tipo, el conocimiento y procedencia ilícita de los bienes que son objeto de blanqueo.

Para referirnos al blanqueo incide en que han de tomarse en consideración y analizarse dos periodos o ámbitos temporales diferenciados:

a) Antes de marzo de 2006: Sería necesario que constase cuál fue el dinero malversado que Aizoon recibió de NOOS. Si las fuentes de sus ingresos eran todas ilegales o Aizoon tenía ingresos de otro tipo, así como la realización de alguna de las conductas de blanqueo y que estas se verificasen con ánimo de ocultación. A este respecto se insiste en que Eva no tuvo participación en las actividades ilegales de NOOS y que desconocía las mismas al menos hasta el mes de marzo de 2006.

b) Hechos posteriores a marzo de 2006: Aizoon recibe ingresos provenientes de entidades privadas por la actividad de asesoramiento de Alfonso. Téngase en cuenta que Eva había sido alertada de las actividades de su marido en Noos y en sociedades vinculadas, pero a causa de la mala imagen, y no porque fuera debido a conductas irregulares.

De acuerdo con los informes de la AEAT Aizoon, entre los años 2006 y 2008, los únicos ingresos que le constan proceden de compañías privadas (informes de 14 de enero y de 18 de junio de 2013 -folios 19284 -). El examen de la facturación revela que AZ no facturó a NOOS, ni a ninguna otra entidad vinculada a partir de finales de

2005, pero el examen de las cuentas bancarias demuestra que Aizoon recibió transferencias de NOOS, pero por facturas emitidas y contabilizadas antes, con posterioridad a marzo de 2006.

Ahora bien, lo que no dice el auto objeto de recurso es el saldo que arrojaba la cuenta de Aizoon a partir de marzo de 2006. No sabemos cuánto numerario había y ello es importante porque si Aizoon funcionaba como un matrimonio y caja única, no repartía beneficios - dividendos pasivos -.

En suma, no todos los ingresos de Aizoon provenían de la malversación - ya que se giraron facturas por empresas particulares - y no sabemos exactamente cuánto dinero había en las cuentas y en concreto de la facturación librada por Aizoon a NOOS, facturación que habría permitido no solo sacar el dinero malversado de NOOS sino al mismo tiempo blanquearlo. Ese dinero se mezclaría con dinero lícito. Esto es importante porque aunque AZ no repartía dividendos los fondos se gastaban.

Entre marzo de 2006 y junio de 2008 se realizan gastos pero en la cuenta hay dinero proveniente de la malversación y de servicios por compañías privadas, pero al no diferenciar las fuentes de ese dinero y existir confusión y contaminación entre dinero lícito y malversado no es posible determinar que las disposiciones se verifiquen con dinero proveniente de la malversación.

Respecto del blanqueo con antecedente en un delito fiscal, los activos que tendrían un origen delictivo serían las conductas descritas en el tipo penal que contempla el artículo 301 del CP, cuando estas se realizasen con las cuotas indebidamente dejadas de ingresar entre junio de 2008 y junio del 2009, y efectivamente hay gastos realizados entre esas fechas. Se podría aceptar que Eva, que era partícipe en la simulación - Aizoon - sabía que su marido defraudaba a la Hacienda al declarar por sociedades los ingresos familiares cuando estos deberían tributar por IRPF, pero atendiendo a que la cuota defraudada supera escasamente el límite objetivo que separa el delito de la infracción tributaria (120.000 euros) y teniendo en cuenta que se declaraba a Hacienda, aunque no se hiciera utilizando el impuesto correcto (IRPF), parece dudoso que el dolo llegase a abarcar el conocimiento de que la defraudación superase el límite del delito, pero, en todo caso, lo que es indiscutible es que los gastos realizados con cargo a la cuota defraudada no pueden nunca constituir conductas de blanqueo, ya que exige intención de ocultación.

En cuanto al blanqueo cometido por imprudencia. Su aplicación es restrictiva ya que está previsto para sujetos activos a los que afecta un especial deber de diligencia por realizar su actividad en sectores concretos. El desvalor de la conducta se halla en infringir gravemente un deber de diligencia o de investigación respecto de indicios o sospechas reveladores del origen ilegal de los bienes, en cuanto procedente de actividades delictivas.

En el caso concreto Eva no es uno de los operadores jurídicos sobre los que recae un especial deber de diligencia. Por eso se exigirían indicios claros reveladores de que los fondos de AZ eran sucios.

Nos encontramos ante una sociedad Aizoon, de carácter familiar y de reducidas dimensiones. La gestión le correspondía al marido en el marco de la confianza y por eso no es posible sostener la presencia de indicios reveladores de una hipotética vulneración grave de los deberes de cuidado en cuanto a la determinación del origen ilícito de los ingresos de Aizoon.

*DECIMOCUARTO.*-Para dar solución a los recursos interpuestos hemos de partir necesariamente de las conclusiones de los informes de la Agencia Tributaria.

Para empezar, hemos de decir que la Agencia Tributaria, según exponemos a continuación, ha ido cambiando de criterio y ello se ha producido a partir de nuestro auto de 7 de mayo de 2013.

En dicho auto señalábamos que no entendíamos las razones por las que la Agencia Tributaria efectuaba un levantamiento parcial del velo. Ciertamente en el informe del mes de enero se justificaba la imputación únicamente a Alfonso de sendos delitos fiscales en el impuesto de la renta. Dicha atribución en exclusiva obedecía a que levantando el velo societario era él únicamente el que percibía las rentas que obtenía a través de Aizoon. En ese mismo informe la Agencia calificaba a Aizoon como una sociedad pantalla o instrumental que carecía de estructura empresarial y que únicamente tenía por objeto canalizar las rentas del trabajo de Alfonso, dado que a partir del año 2006 este había abandonado el Instituto Noos y desde ese año solo realizaba actividades de asesoramiento y cobraba por participar y formar parte de varios consejos de administración, ingresos que tributó como sociedades y que debería de haber tributado como renta, cometiendo defraudación por el beneficio que le reportaba la diferencia de los tipos aplicables y gastos que dedujo y que no podía deducir como libertades de amortización u otros gastos familiares que no habían sido generados en el ejercicio de la actividad.

Entonces, a la vista de aquél incompleto informe, nos pareció extraño que la Agencia Tributaria solo hubiera hecho un levantamiento parcial del velo. Nuestro planteamiento fue criticado posteriormente por la Agencia Tributaria en un informe del mes de mayo, queriendo trasladar la idea o impresión - eso sí, con todo respeto - de que la Sección Segunda de esta Audiencia había incurrido en un error interpretativo o de concepto y no había comprendido el alcance de su informe del mes de enero.

Tal vez no lo supimos explicar con claridad entonces, pero la idea que trasladábamos en aquél auto era sencilla y a nuestro juicio perfectamente comprensible.

En efecto, no discutíamos entonces, ni lo hacemos ahora, que el perceptor de las rentas fuese el Sr. Alfonso, sino que lo que pensábamos era la posibilidad de que existiera un acuerdo entre los socios de Aizoon, en virtud del cual se habría convenido que el dinero procedente de las rentas del trabajo de Alfonso y percibidas por AZ fuera para los socios por mitad y por eso factura Aizoon y no el Sr. Alfonso como persona física. De ahí, la razón por la que Eva fuera socia al 50% de AZ cuando dicha sociedad perfectamente podía haber sido constituida de forma unipersonal. Ese acuerdo o pacto entre socios podía explicar el motivo por el cual el Sr. Alfonso prestaba servicios de asesoramiento o de consultoría para determinadas empresas y sin embargo en algunas de ellas no existe constancia de que hubiera contrato escrito, ni tampoco reflejo de qué tipo de actividades documentadas hubiera realizado como asesor.

Téngase en cuenta que la hipótesis que se barajaba entonces, en función de su resultado, hubiera posibilitado considerar a Eva como socio de influencia y en tal caso si así fuera de alguna manera habría participado en la obtención de la renta generadas por su marido. En otras palabras, se podía llegar a pensar que algunos de los trabajos que el Sr. Alfonso desempeñó para empresas particulares pudo haberlos conseguido gracias al apoyo o influencia de su mujer. Conclusión esta que venía abonada por la participación de Eva en la sociedad al 50% y porque los trabajos efectuados por Alfonso, para algunas de esas compañías, no tenía reflejo documental alguno, tanto con relación a la vinculación mercantil, como al asesoramiento prestado.

Nótese que de haberse admitido esta posibilidad, a día de hoy, no estaríamos en un escenario de defraudación tributaria con contornos típicos, puesto que en ese caso si Eva hubiera cooperado de ese modo en la obtención de la renta del marido, la cuota defraudada habría que dividirla por dos, por ser ambos esposos los que habrían generado los rendimientos del trabajo y, en tal caso, el importe de cada mitad resultante no superaría los límites del delito fiscal, perolo curioso y llamativo del caso, es que ni tan siquiera el Sr. Alfonso habría llegado a cometer delito contra la Hacienda pública. Sea como fuere la Agencia Tributaria desechó esa hipótesis y por tanto nosotros la abandonamos.

Siguiendo con el informe de enero de 2013, éste planteaba incongruencias, pues después de afirmar a lo largo de la causa que el Instituto Noos era un conglomerado de sociedades liderado por los Sres. Alfonso

y Balbino , que en realidad eran todas una y la misma compañía o marca NOOS, a pesar de que en el año 2006 Alfonso se hubiera desvinculado solo formalmente del Instituto Noos, si bien seguía cooperando con Balbino , no se comprendía la razón por la cual mientras que a Balbino se le atribuía la comisión de un delito contra la hacienda pública por defraudar en el impuesto de sociedades del 2007 - en aquellas fechas ambos seguían siendo socios y gestores del IN -, sin embargo a Alfonso se le atribuía dos delitos de fraude fiscal en el impuesto de la renta de los ejercicios del 2007 y 2008.

Tal y como lo veíamos entonces el tratamiento tributario de la situación permitía básicamente dos escenarios o hipótesis distintas:

La primera: la de que Noos y las sociedades pantalla a él vinculadas eran todas una misma cosa y por tanto la liquidación de los impuestos debía de hacerse en sede de sociedades y atribuirse a aquellos sujetos que integrando el órgano de administración de derecho o de hecho participaban de la gestión. La segunda, que por existir un acuerdo entre los socios y sus esposas habría que considerar a NOOS como una simulación y a las sociedades vinculadas o de segundo nivel, como las denomina la Inspección de Tributos, como el instrumento o la herramienta para repartirse sus beneficios a través de las mismas, en las cuales se hallaban las esposas para, de este modo, distribuirse las ganancias entre los matrimonios, como si ambos actuasen bajo el sistema de gananciales - esta posibilidad se corresponde con las manifestaciones que vertió el Notario Don Marino , cuando a judicial presencia abiertamente declaró que en su opinión si Eva quería participar de la actividad profesional de su marido, en lugar de actuar como socia al 50% en Aizoon, debería de haber modificado el régimen económico del matrimonio. Nótese que el notario jamás dijo que estas reflexiones se las hubiera trasladado a Eva - aunque podría ser -. Si dijo haberlas realizado a su asesor Victoriano , el cual le habría respondido que la intervención de Eva en Aizoon no tenía otra finalidad que la de servir de escudo ante Hacienda y para que no fueran objeto de ningún tipo de investigación tributaria. El exceso de confianza en los comportamientos alude algo a la presencia de este pensamiento en algunos de los imputados y confirma que lo que Balbino denomina error, no fue más que exceso de confianza.

Pues bien, la Agencia Tributaria finalmente, en los informes avance 2, 3 y 4, ha optado por una tercera vía con la que no habíamos contado - en absoluto criticamos ese método de trabajo a la hora de establecer los posibles sujetos tributarios y la determinación de las cuotas, pero nos lleva a conclusiones que no podemos desconocer y que son esenciales para la resolución del caso -. Según esa hipótesis la Agencia considera que tanto el Instituto Noos como las sociedades satélites constituidas para vaciar de fondos el Instituto, son todas ellas una simulación. Se trataría de sociedades sin estructura. Según esto y levantando el velo de todo este entramado y conglomerado de sociedades, lo que ve la Agencia es que existiría un acuerdo entre los Sres. Alfonso y Balbino , los jefes y gestores de grupo Noos, para utilizar todo este entramado societario con la finalidad canalizar las rentas de su trabajo, ya que lo que recibían por su actividad era un sueldo o cantidad mensual. De estos pagos se encargaría el fiscalista Victoriano a través de las sociedades instrumentales y dichos pagos se habrían efectuado dividiendo o repartiendo los beneficios netos al 50% entre Balbino e Alfonso , aunque el saldo final arrojaría una pequeña diferencia a favor del segundo.

La Agencia Tributaria en estos informes hace la cuenta de los ingresos obtenidos por estas actividades, deduciendo los gastos y así calcula el importe de la cuota defraudada respecto de cada socio, superando el límite del delito fiscal en el caso del Sr. Alfonso en las anualidades del 2007 y 2008 y positiva también para el Sr. Balbino en cuanto a la anualidad del 2007.

Pues bien, con ello lo que nos está indicando la Agencia Tributaria es que las sociedades en las que las esposas de los Sres. Balbino y Alfonso eran socias al 50% con sus maridos eran entidades simuladas.

Por tanto, desde esta perspectiva, sí la sociedad familiar Aizoon y las que Laura compartía a su vez con su marido al 50% de su capital social y en algunos casos era administradora incluso, eran simuladas, no hay duda que servían de instrumento o herramienta fiscal para ocultar las rentas obtenidas por sus maridos y en consecuencia para defraudar a hacienda, tanto en renta como en sociedades - por cuanto aplicaban el criterio de la libertad de amortización mediante contratos de trabajo falsos y se desgravaban gastos que no habían sido generados en el ejercicio del objeto de la sociedad, sino que se trataba de gastos personales y de los matrimonios -.

En tal situación resulta a nuestro juicio innegable e inobjetable que desde un punto de vista objetivo ambas esposas, desde el momento en que eran copartícipes de sociedades ficticias, estaban contribuyendo con su participación en dichas sociedades simuladas o meras pantallas a defraudar al fisco y además se beneficiaron de ello, ya que el dinero que recibía Aizoon no se quedaba en su cuenta, sino que se disponía

del mismo por sus socios sin que tampoco estos declarasen esos dividendos en su impuesto sobre la renta, de manera que también colaboraron en la ocultación de esos beneficios.

Tomando como punto de partida cuanto se acaba de razonar, huelga todo comentario al respecto de las alegaciones que en sus recursos hacen el Ministerio Fiscal y la defensa de Eva al respecto de que Eva no era socio de control o de hecho. Ese mismo argumento, el de que Aizoon era una sociedad pantalla, es precisamente el que sido utilizado por las partes recurrentes para descartar, siquiera, que Aizoon hubiera podido cometer delito fiscal en el impuesto de sociedades - el Juez lo considera como alternativa a la defraudación por IRPF, en el caso de que AZ no fuera considerada una sociedad aparente -, pero ese descarte opera sencillamente porque levantando el velo de la sociedad lo que se ve bajo ella, debajo de su manto, es pura y simplemente un matrimonio que mediante la utilización de esa ficción en sus relaciones económicas quiere operar de facto bajo el régimen económico de gananciales.

Se nos podría alegar que existen infinidad de sociedades de este tipo, como por ejemplo una patrimonial. Puede ser, pero el caso sometido a revisión es que la Agencia Tributaria no nos refiere que estemos en un escenario de fraude de ley, esto es, elegir una norma fiscal más ventajosa para obtener una ventaja fiscal eludiendo la aplicación de otra, cuando ambas podrían ser aplicables en una interpretación plausible o conforme a las normas de la adecuación social, hipótesis que en principio descartaría la comisión de un delito contra la hacienda pública. Sino que lo que concluye Hacienda es que estamos en sede de simulación y que la simulación se extiende a todo el entramado.

Conviene recordar que la técnica del levantamiento del velo en el ámbito tributario solo está prevista para la fase de liquidación del impuesto y no para la fase recaudatoria. Por eso la técnica del levantamiento del velo solo se ha utilizado para conocer que es lo que hay detrás de la sociedad y lo que hay detrás es un matrimonio que abusa de una sociedad para obtener beneficios fiscales y al mismo tiempo para modificar su régimen económico.

Y en esa situación, aún aceptando que el generador de las rentas hubiera sido el marido y que la mujer no tuvo nada que ver en su obtención, desde el momento en que para ocultar dichos ingresos como generados por el verdadero perceptor se utilizó una sociedad instrumental que era una pura ficción, no hay duda que el socio copartícipe en esa simulación, si la conocía y se beneficiaba de ella de modo consciente, de alguna manera ha podido contribuir a la defraudación, ya de modo activo como omisivo, pues la permanencia y utilización de una sociedad pantalla de alguna manera comportaba la generación de un peligro potencial de defraudar a Hacienda.

La responsabilidad por el comportamiento omisivo de la esposa del socio surge no por su condición de accionista, sino por el mismo riesgo creado al utilizar y participar en una sociedad familiar que no es mas que una mera pantalla o simulación. Es posible que la Inspección de Tributos desde una perspectiva netamente fiscalista no considere estas variables, entre otras cosas porque una vez que detecta en su actividad de comprobación la posible existencia de una defraudación tributaria, cuya cuantía económica supera el límite del delito fiscal, abandona las mismas y pone éstas en conocimiento de los Tribunales de Justicia.

En verdad que desde esta perspectiva, admitido que desde el punto de vista objetivo las esposas de los Sres. Alfonso y Balbino han podido cooperar en la defraudación fiscal de sus maridos por la utilización de una sociedad pantalla que los matrimonios utilizaban para ocultar los beneficios obtenidos por la actividad de sus conyugues, la posible responsabilidad de Eva y de Laura descansa en la presencia o no del dolo o elemento subjetivo del delito contra la Hacienda Pública. Es decir, si ambas eran o no consciente de que eran socias de sus maridos en sociedades instrumentales que ellos utilizaban para canalizar sus ingresos personales y no los de las sociedades, ya que esta no tenían estructura por ser meras pantallas.

Tal y como reconoce expresamente la defensa de Eva en su escrito de recurso, por lo general y según criterio de casi la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales del país y por tanto es criterio común y compartido, la concurrencia de los elementos objetivos de un determinado tipo penal constituye por sí mismo y sin mas aditamentos base bastante, en sede de auto de transformación, para considerar que existe fundamento para una acusación. En el presente caso por delito fiscal. Entre otras razones porque la acreditación del dolo o elemento tendencial del delito precisa, generalmente, de prueba indirecta o indiciaria y esa inferencia comporta una profundidad en su análisis que escapa de los límites y contornos de una resolución con el alcance limitado que tiene la presente y por eso mismo la apreciación del

aspecto subjetivo del tipo penal de que se trate se relega al acto del juicio oral, por ser allí el momento y el lugar en que se puede realizar un debate profundo y contradictorio sobre esta cuestión.

Con todo y dado que para la comisión del delito contra la hacienda pública basta con el dolo eventual o conocido como dolo de representación, creemos que es sostenible afirmar que tanto Eva como Laura, tenían que ser conscientes, sobre todo esta última en tanto en cuanto trabajaba para Noos, que formaban parte de sociedades instrumentales, carentes de actividad y de vida propia y que por la irregularidad misma que comportaba la anormalidad de esa situación, la permanencia en ella suponía aceptar un peligro probable y no descartable de que con dicha entidad se pudiera defraudar a Hacienda ocultando ingresos que debieron de haberse declarado en renta y deduciéndose gastos indebidos.

A este respecto y como la propia defensa reconoce, AZ apenas celebraba juntas, el personal que tenía no era apto para el desempeño de su actividad, dentro del personal se incluía el servicio doméstico de la familia Alfonso - Eva, la sociedad funcionaba como caja única, ya que no repartía dividendos y sus ingresos se empleaban en gastos familiares que realizaba el matrimonio y la sociedad tenía radicadas sus oficinas en el mismo domicilio familiar y este era alquilado por el matrimonio a la misma sociedad, alquiler que cobraban los esposos por mitades y Eva incluso fue la que suscribió el contrato locativo.

En ese contexto y situación, fácilmente se adivina que si Eva sabía y así lo declaró, que Aizoon la constituyó con su marido para canalizar su actividad profesional y si esta sociedad no tenía estructura ni personal suficiente para desarrollar su actividad y, sobre todo, Eva manejaba las cuentas de la entidad al cargar en ellas los gastos de sus tarjetas bancarias, cuyos comprobantes debía de guardar por pura lógica para justificar los gastos a deducir, debería representársele como posible o probable que desde el momento en que Aizoon era una sociedad pantalla o ficticia, carente de vida y estructura propia, su marido estaba actuando de modo irregular con el fisco, ya que estaba tributando impuestos por una sociedad que no existía y sí en cambio un matrimonio y beneficiándose ambos ya que el marido tributaría menos por sociedades que por renta, aplicaba deducción de gastos indebidos (entre otros por personal ficticio), además de que se gastaban los fondos de la sociedad, en lugar de permanecer en sus cuentas y distribuyendo ordenadamente los dividendos y sin tampoco siquiera tributar por aquellos al efectuar su propia declaración del IRPF.

La permanencia de Eva en la sociedad Aizoon, siendo esta una simulación, comportaba la creación de un elevado riesgo de defraudación por lo que las imputaciones por cooperación en el fraude fiscal cometido por su marido gozan objetivamente de sustento. Lo mismo cabe decir respecto de Laura, cuya participación es mayor y más patente desde el momento en que trabajaba para el Instituto Noos encargándose del área de recursos humanos, a diferencia de Eva que ninguna participación tuvo en Noos, ni como gestora ni tampoco como trabajadora del Instituto.

Es verdad y no podemos ignorarlo, que el dolo de Eva debía de abarcar la posibilidad o probabilidad de que la defraudación pudiera superar el límite del delito fiscal, pues no olvidemos que Alfonso declaraba a la Hacienda, aunque lo hacía indebidamente a través del impuesto sociedades para ocultar su renta, beneficiándose por el menor tipo impositivo y por la deducción de gastos personales que no podía desgravar por no haber sido generados en la actividad societaria, pero atendido el volumen de ingresos y gastos del matrimonio, algunos de ellos posiblemente concertados por la propia recurrente, la cual hubo de guardar los resguardos bancarios, siquiera de los justificantes de las tarjetas, Eva podía llegar pensar o creer que los beneficios de operar por vía de esta simulación que era AZ serían elevados. En cualquier caso parece que se desentendió de ello y del peligro que ella misma generó, a pesar de que estaba en situación de haberlo evitado y tenía el deber jurídico de hacerlo al ostentar el 50% del capital social y ser ella la corresponsable del riesgo de defraudación generado, y contar con asesores externos a los que fácilmente podría haber acudido, los cuales tal vez deberían de haber aconsejado la posibilidad de haber regularizado su situación con anticipación suficiente.

Las alegaciones que en su escrito efectuó la Abogacía del Estado en contra del mantenimiento de la imputación por delito fiscal a Eva y a Laura descansaron sobre los informes de la Agencia Tributaria, alusivos a que ellas no eran socias de control y no participaron en la gestión de Noos, ni en el entramado societario. Pero ya hemos comentando que la cooperación en el fraude fiscal deriva de la constitución y permanencia como socias al 50% de sociedades ficticias e instrumentales que utilizaban sus maridos para ocultar sus ingresos y de los que ellas se beneficiaron.

Al finalizar la exposición del delito de blanqueo haremos una referencia más a la posición procesal de la Abogacía del Estado.

Conforme hasta aquí se ha razonado, el motivo del recurso ha de ser desestimado y confirmada la imputación de Eva y de Laura por cooperación en el delito fiscal presuntamente cometido por sus maridos.

Conviene precisar, sin embargo, que el delito contra la hacienda pública es un delito especial propio, cuyo sujeto activo solo puede ser el obligado tributario. En el caso sometido a revisión de esta Sala los sujetos tributarios serían Alfonso y Balbino, pero se admite la participación un delito ajeno por la vía de la inducción y de la cooperación necesaria.

Generalmente estas figuras de cooperación están pensadas para el asesor fiscal o el socio que tiene control de la sociedad, en situaciones de levantamiento de velo tributario cuando en fase de liquidación del impuesto el socio colabora en alzarse con los bienes a fin de evitar la responsabilidad personal universal del socio administrador de hecho o de derecho. Ello no obstante, no hay razón para descartar otras formas de cooperación y la propia normativa tributaria así lo contempla (nos remitimos a los preceptos de la LGT que transcribimos al inicio de esta resolución al tratar de la normativa aplicable).

Solo un apunte más antes de terminar el tratamiento del delito fiscal. Sin querer asumir en absoluto funciones de parte, sí queremos precisar que, tal vez y en la medida en que la utilización de las sociedades pantalla ha sido el instrumento mismo y causa del fraude, cabría pensar que la calificación correcta y adecuada a esta situación sería la de estimar cometido un delito contra la hacienda pública en su modalidad básica y no el agravado de uso de sociedades instrumentales.

Las esposas imputadas además se podrían ver favorecidas por la aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 65.3 del CP, prevista para los cooperadores e inductores en los delitos especiales propios.

*DECIMOQUINTO.*- Así, si bien hemos concluido que las imputaciones por cooperación en el delito fiscal que el auto apelado atribuye sumariamente a Eva y a Laura gozan de cierta virtualidad a los efectos de poder realizar un juicio de acusación y estimar que concurren argumentos para el sometimiento de este hecho al escrutinio del juicio oral. En cambio, formamos convicción de que no resulta factible atribuir a Eva la presunta comisión en un delito de blanqueo de capitales, ya consideremos como delito antecedente la malversación o el delito fiscal.

El delito de blanqueo de capitales previsto en el artículo 301 del CP dirigido a sancionar actos de conversión o de transformación y de ocultación o favorecimiento de patrimonio que provenga de una actividad delictiva antecedente, requiere de los siguientes requisitos

Objetivos:

1.- Acreditación de la procedencia de los bienes receptados, que han de tener su origen en una actividad delictiva.

2.- El delito antecedente puede ser cualquiera, incluso el delito fiscal cuando lo que se blanquea es la cuota defraudada. En ese caso se precisa la identificación de la cuota defraudada y en el caso de que las disposiciones se haga con patrimonio de origen diverso - sucio y negro o declarado -, es necesario que el acto de disposición se verifique en su totalidad o mayor parte con el dinero procedente de la cuota defraudada.

La Jurisprudencia ya admitido la posibilidad de que el delito fiscal sea antecedente del blanqueo de capitales e incluso admite su consideración antes de la reforma operada en la Ley reguladora de prevención del blanqueo (Ley 10/2010), que incluye como susceptible de blanqueo la cuota defraudada en el delito contra la hacienda pública (nos remitimos a la Jurisprudencia citada en Fundamentos precedentes).

En relación a la cuota defraudada ningún problema se plantea cuando esta tiene su origen en dinero lícito pero que no se declara. Cuando se trata de ganancias ilícitas, el deber de declaración surge cuando ha operado su transformación o sustitución, es decir, cuando tales bienes no derivan directamente del delito antecedente.

3.- No es necesario que previamente se haya juzgado el delito base para el enjuiciamiento del blanqueo, ni tampoco es obstáculo para su punición el que hubiera recaído sentencia condenatoria. Como hemos comentado anteriormente en estos casos existe discusión al respecto de las conductas copenadas y si estamos ante un concurso de leyes o de delitos, habiéndose decantado la Jurisprudencia por la segunda opción, aunque este criterio parece haber sido matizado recientemente por la STS 858/2013, de 19 de noviembre.

4.- Es a la acusación a la que le corresponde probar el origen ilícito de los bienes, si bien cabe acudir con ese objetivo a la prueba de presunciones.

5.- El autor del delito de blanqueo puede ser asimismo autor del delito previo y esta posibilidad, como hemos apuntado en considerandos anteriores, era ya aceptada por la doctrina a partir del año 2006, después del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS, aunque se halla recogido expresamente en el CP, por razones clarificadoras y para acoger lo que ya la doctrina admitía, como consecuencia de la reforma operada por la LO 5/2010.

6.- Desde el punto de vista de la acción típica el blanqueo abarca tanto conductas típicas de blanqueo dirigidas a convertir, adquirir o transformar el origen de los bienes conociendo su procedencia delictiva, como de favorecimiento personal al autor del delito precedente o de favorecimiento real.

En cuanto al elemento subjetivo se requiere el conocimiento de la procedencia de los bienes receptados. No bastan meras sospechas o suposiciones, pero tampoco se exige una certeza absoluta. Es suficiente con la conciencia de la elevada probabilidad del origen ilícito y delictivo del patrimonio, sin que quepa confundir el dinero negro o no declarado con el manchado o sucio proveniente de actividades criminales.

El código en el apartado 3 del artículo 301 del CP, regula la posibilidad de supuestos de blanqueo por imprudencia grave respecto de la procedencia u origen delictivo de los bienes.

En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. Es claro que la imprudencia recae no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan (en la misma línea, cfr. SSTS 1257/2009, 2 de diciembre ; 1025/2009, 22 de octubre ; 16/2009, 27 de enero, 960/2008, 26 de diciembre, STS de y ATS número 1292/2014, de 4 de septiembre).

Al criminalizar el comportamiento imprudente, según nos enseña el TS en la Sentencia 257/2014, de 1 de abril, lo que persigue el legislador es que esa actividad de ocultación, encubrimiento o ayuda, cuando se realice sin conocimiento del origen delictivo de los bienes, pero con infracción grave del celo exigible para cerciorarse de la legitimidad de la inversión, sea igualmente castigada. Se trataría, en fin, de evitar la impunidad en aquellas ocasiones en que concurra un error de tipo vencible sobre el origen ilícito de los bienes o los fondos que se persiguen transformar (cfr. art. 14.1 CP).

La aplicación de esta modalidad imprudente generalmente para la doctrina suele quedar reservada para personas físicas que por su profesión o actividad están obligadas a cumplir ciertas normas de actuación. Sin embargo no faltan autores que admiten la posibilidad de que el sujeto activo pueda alcanzar a cualquier persona.

El TS aprecia que el delito de blanqueo es eminentemente doloso, admitiendo el dolo directo y el eventual. Y la apreciación de la imprudencia es restrictiva y se predica fundamentalmente de sujetos sobre los que por su actividad o dedicación recae una posición de garante.

Dicho esto, formamos convicción que el mantenimiento de las imputaciones por blanqueo no tienen suficiente sustento para justificar y mantener un juicio de acusación y ello por cuanto:

1.- Por lo que respecta a la malversación como delito antecedente al blanqueo, como ya tuvimos oportunidad de explicar en nuestro auto de fecha 7 de mayo y aprovechamos ahora para reiterarlo, Eva en lo que respecta a las actividades desarrolladas por el Instituto Noos no tuvo participación alguna. Su permanencia e inclusión en el órgano directivo no fue más que meramente decorativa y utilizada por los Sres. Alfonso y Balbino a modo de servir de ardid o añagaza para aparentar, frente a instancias públicas y oficiales con las que se proponían contratar, que Eva y la Casa Real compartían y avalaban los proyectos que desarrollaba el Instituto Noos, que se presentaba externamente como una entidad sin ánimo de lucro, cuando ello no se correspondía con la realidad.

Dijimos entonces, y reiteramos aquí y ahora, que a partir de marzo de 2006, debido a los requerimientos que la Casa Real transmitió a Alfonso a su esposa para que el primero abandonase sus negocios con el Instituto Noos y dejase de contratar con entidades públicas, cosa que así se produjo al haber cesado en sus cargos, al igual que el secretario de Eva el Sr. Roberto, esta última pudo conocer entonces las irregularidades de sus



actividades, empero como bien indica la defensa de Eva, el auto recurrido no indica de qué fondos disponía Aizoon en el año 2006 y en la medida en que a partir de esa fecha y ello lo explica la Agencia Tributaria en sus informes, los Sres. Alfonso y Balbino decidieron repartirse la cartera de clientes, quedándose Alfonso con los privados y Balbino con públicos y privados, y los ingresos que recibe Aizoon a partir de ese momento provienen ya prácticamente en su totalidad - aunque algunas facturas por cobrar del IN de años anteriores se perciben en AZ en el 2007 - de origen privado y lícito, de ello no cabe concluir que Eva conociera o tuviera razones para pensar que el dinero que había en la cuenta de Aizoon, en tanto en cuanto en su mayor parte era de origen legal, mas aún por no haber participado en las actividades de Noos, pudiera ser dinero procedente de la malversación.

Debemos insistir en lo dicho con ocasión de nuestro auto de mayo respecto a la idea de que los eventos organizados por Noos efectivamente se llevaron a cabo, y si bien presuntamente todo indica que existieron sobrecostos y se utilizaron las entidades instrumentales para drenar los fondos del Instituto Noos y fingir unos gastos no soportados, Eva no tenía porque conocer esa circunstancia, como también escapó a otras personas. No olvidemos que las subvenciones que Noos recibió por intermediación de las entidades públicas beneficiarias fueron objeto de fiscalización por parte de las administraciones vinculadas, aunque las beneficiarias no controlaron el destino de los gastos y su aplicación a la realización de los eventos.

2.- La posible comisión de un delito de blanqueo queda relegada pues a que éste tuviera como antecedente un delito contra la Hacienda pública.

Ahora bien, tampoco consideramos que ello tenga virtualidad para justificar una acusación por dicho ilícito, porque aunque efectivamente Eva destinó la cuota defraudada del IRPF de 2007 y 2008 de su marido en la realizar gastos de tipo familiar, la comisión de dicho delito de blanqueo, que operaría únicamente respecto de las disposiciones efectuadas a partir de junio de 2008 - ya que era ese el momento en el que su marido debería de haber ingresado la cuota del impuesto al presentar la declaración de la renta del 2007 -, atendido a que tales disposiciones no revisten notoria importancia cuantitativa y, sobre todo, en atención a cuál fue su objeto y finalidad: gastos familiares, en modo alguno cabe extraer ni concluir que tuvieran por finalidad blanquear u ocultar el dinero procedente de la cuota defraudada, y, sí en cambio, gastar dicho numerario beneficiándose con ello.

Sobre este particular - el ánimo tendencial que requiere el tipo penal del blanqueo que entendemos esencial para su interpretación habida cuenta del concepto expansivo que incorpora el tipo penal y al que aluden distintas Sentencias del TS, como son por ejemplo: la STS 279/2013 y la 280/2014, de 11 de marzo - aunque los supuestos allí contemplados nada tienen que ver con el presente - (queremos traer a colación lo dicho por el TS en la Sentencia 1080/2010, de 20 de octubre - que casó una de esta misma Sala - uno de cuyos fundamentos, por su interés, reproducimos a continuación):

" La cuestión planteada es si cualquier acto de "adquisición, conversión o transmisión" del bien de ilícito origen es un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas. Es decir si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto "neutro" que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a elusión de consecuencias para adquirir relevancia -típica penal. Y, en segundo lugar, más específicamente, si, cualquiera que sea la respuesta a la anterior cuestión, habría de excluirse la doble tipificación del acto de tal entrega de dicho bien de origen delictivo, cuando su entrega ya es también valorada para declarar cometido otro delito por razón de la misma.

Para responder a la primera cuestión la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal suscita dudas. La posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, de, por otro lado, cualquier otro acto, parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir convertir o transmitir. Lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo. Por tanto tendría pena de seis meses a seis años incluso la mera entrega a un tercero ajeno al delito de un bien por muy escaso que sea su valor, por la exclusiva y simple circunstancia de proceder de un robo violento.

No parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo. Ni se compadece con la definición extrapenal. La ley 19/1993 definía: "A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior, o de participación en los mismos, para ocultar o

encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aún cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado".

Tampoco las definiciones dadas en el artículo 1.2 de la Ley 10/2010 coinciden con las conductas tipificadas en el artículo 301.1 del Código Penal, ni aún tras la reforma de éste por la Ley Orgánica 5/2010. Son significativas las definiciones de aquella Ley que en el artículo 1.2.b) y, sobre todo, c) incluyen comportamientos no trasladados al Código Penal. Así la nueva adquisición o posesión de bienes procedentes de actividades ilícitas no constituye el tipo del artículo 301.1, si no va acompañada de la finalidad que el precepto penal, a diferencia del administrativo, exige. Con independencia de las divergencias con su traducción en el precepto penal, es claro que la finalidad ha de estar presente en todo acto de blanqueo. Incluyendo la adquisición, conversión o transmisión. En la Sentencia de 8 de abril de 2010, ya decíamos que: el comportamiento típico puede adoptar diversas modalidades: a) adquirir, convertir, transmitir un bien sabiendo de su origen en un delito grave, que es la modalidad típica de blanqueo por la que bienes en el mercado ilícito entran en el de lícito tráfico jurídico; b) realizar cualquiera tipo de acto que tenga alguna de las finalidades típicas consistentes en ocultar o encubrir aquel origen o -como modalidad de encubrimiento-, procurar que quien participó en la infracción no eluda las consecuencias de su responsabilidad penal respecto de dichos bienes. No puede olvidarse que la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas. Político criminalmente disminuye el incentivo del comportamiento delictivo que sus autores no puedan disfrutar de lo ilícitamente obtenido logrando la apariencia de licitud que haga jurídicamente incuestionable dicho disfrute.

En parecidos términos se pronuncia la STS 884/2012, de 8 de noviembre, en la que se puede leer al tratar del comportamiento del autor del delito de blanqueo que resulta "indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito".

Con todo, predicando una interpretación estricta y literal del tipo penal, atendiendo a la literalidad de las conductas o acciones de blanqueo que incorpora el artículo 301 del CP, consistentes en convertir, adquirir o transmitir bienes; de ellas parece desprenderse que lo que se persigue castigar es la introducción en el mercado de los bienes o el dinero procedente de actividades delictivas con conocimiento de su origen. Entre estas conductas aparece discutible la inclusión de actos de disposición que no vayan dirigidas a la conservación o transformación del patrimonio receptado y si en cambio al simple gasto o consumo, especialmente cuando éste tiene por objeto el pago de servicios y estos tienen un carácter no especialmente suntuario y pueden considerarse de tipo corriente u ordinario, ya que en tal caso, cualquier gasto de esta naturaleza que realizase un delincuente con ganancias procedentes de su actividad delictiva, por mínimo o insignificante que este fuera e incluso dirigido a disposiciones corrientes: compras diarias, viajes, pago de la consulta del médico,...etc, podría considerarse en esa interpretación expansiva del tipo penal una conducta de blanqueo.

Lo mismo podría suceder, con los verbos utilizar y poseer, que ha incorporado el CP en la reforma de 2010. La aplicación expansiva del tipo podría llevar a situaciones absurdas, tales como, por poner un ejemplo el que un delincuente hubiera sustraído un televisor y que al utilizarlo su familia cometiera un delito de blanqueo.

Formamos convicción, pues que el elemento tendencial del tipo penal es necesario para una interpretación teleológica del precepto y acorde, sobre todo y especialmente, con la redacción administrativa del concepto de blanqueo.

Asimismo, los razonamientos expuestos nos han de llevar a descartar la modalidad imprudente del blanqueo, de restrictiva aplicación, dado que principalmente se halla reservada a sujetos que por razón de su profesión o especial posición de garante se hallan legalmente obligados a cumplir ciertas cautelas. Ha de recordarse a este respecto que si bien hubo defraudación y ocultación, el marido de Eva efectivamente declaró a Hacienda. No puede olvidarse tampoco que en cada periodo impositivo - años 2007 y 2008 - en la cuenta de Aizoon, junto al importe de la cuota defraudada no ingresada del año anterior se producían otros ingresos lícitos.

En el auto apelado el Juez alude a la compra por Alfonso de acciones de la sociedad Mixta África, pero la anomalía de dicha operación, no la utiliza para construir el blanqueo - pues al final no hubo entrega de dinero -, sino para señalar que se trata de un negocio simulado y de pago en especie.

Los recursos en consecuencia se estiman en cuanto a este motivo.

*DECIMOQUINTO.*- Consideraciones finales.

Solo tres cuestiones para dar por terminada y zanjar nuestra labor revisora, a saber:

1.- Constatamos que han quedado al margen del escrutinio judicial la posible participación que en los hechos sumarialmente enjuiciados y respecto de los convenios de colaboración suscritos para la celebración del Valencia Summit y de los Juegos Europeos, hubieran podido tener la Alcaldesa de Valencia y el que fuera Presidente de la Generalitat Valenciana Segismundo .

El TSJV no admitió dirigir la imputación contra estos aforados, si bien dejó la cuestión abierta.

Pensamos que, tal vez, esa decisión podría haber sido nuevamente revisada a la luz de la conclusión de la investigación, por cuanto el TSJV en su auto citado indicó que en ese momento procesal no había indicios para dirigir una imputación contra los citados aforados, pero tal declaración no fue terminante, ni dejó ya definitivamente cerrada o juzgada la cuestión.

A nuestro entender se pudo haber aprovechado la vía impugnativa de los recursos contra el auto transformador para solicitar nuevamente la imputación de estos aforados, si es que por algunas de las partes se estimaba que los mismos de alguna manera podrían haber ilícitamente participado en la contrataciones controvertidas, solicitud que nos hubiera hecho replantearnos nuestra competencia (debiendo decidir, en tal caso, si habría que remitir el procedimiento al TSJV para su resolución), pero ninguna parte acusadora ha suscitado esta cuestión y por tanto hemos de estar y pasar por lo dicho por el TSJV al denegar la imputación por insuficiencia de indicios contra la Sra. Lorena y el Sr. Segismundo , por lo que tal decisión se presenta ya inatacable.

2.- Apreciamos como dudosa la legitimación del Ministerio Fiscal a la hora de recurrir el auto de transformación a procedimiento abreviado.

En efecto, la finalidad del auto transformador es declarar concluida la instrucción y conceder a las partes acusadoras el oportuno traslado para que soliciten la apertura del juicio oral o pidan el sobreseimiento. La Abogacía del Estado con ocasión de su recurso razona este extremo de modo adecuado.

De acuerdo con ese alcance, la actitud coherente del Ministerio Fiscal - como hizo la Abogacía del Estado - habría sido limitarse a manifestar que no iba a formular acusación contra Eva por los delitos de blanqueo y delito fiscal y no promover recurso de apelación contra el auto dictado por el Instructor, legitimación que correspondía en exclusiva a su defensa y en tal caso el Ministerio Fiscal podría haberse adherido a su recurso.

A este respecto resulta llamativo que el Ministerio Fiscal critique y censure la labor del instructor en lo que respecta a sus competencias y posicionamiento adoptado, quejándose de haber asumido funciones acusatorias y un papel que no le corresponde, cosa que no es verdad, pues el auto transformador es una resolución que compete en exclusiva al Instructor, cuando lo que verdaderamente puede resultar chocante o discutible es que el Fiscal recurra en apelación el auto de transformación, ya que el papel que le otorga la ley ante el mismo consiste en limitarse a formular acusación o, simplemente, a no hacerlo, solicitando en tal caso el sobreseimiento que corresponda.

A diferencia del recurso que en su momento dedujo el Fiscal contra la primera imputación de Eva , que venía sustentado en la posibilidad de recurrir - por inusual que resultare -, como cualquier otra parte, el auto judicial, en aplicación de las normas generales que regulan la sustanciación de los recursos contra las decisiones del Juez de Instrucción en el marco del proceso abreviado ( art. 766 de la Lecrim), al no considerarlo ajustado a Derecho. Sin embargo, tratándose del auto transformador, cuando en este se realiza un juicio de acusación que no se comparte, no parece, a tenor de lo dispuesto en el artículo 780 de la Lecrim y en atención al objeto mismo que tiene esta resolución, que las partes acusadoras estén legitimadas en formular recurso, ya que el traslado que les confiere el auto transformador va dirigido, única y exclusivamente, a abrir un debate en la fase intermedia y que manifiesten si van a solicitar la apertura del juicio oral o en otro caso el sobreseimiento o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, cuando estas depende la calificación.

No sucede lo mismo cuando lo que se combate es la no imputación o cuando aquella, por pura lógica, es impugnada por la defensa del imputado.

Ni que decir tiene que lo dicho no tiene otra pretensión que dejar sentado el posicionamiento procesal de esta Sala para otros asuntos que en el futuro se puedan presentar, pero sin que ello haya tenido consecuencias sustantivas, puesto que el recurso de la defensa de Eva y el elaborado por el Fiscal, si bien pueden variar en algunos de sus argumentos, son coincidentes en el fondo.

El Fiscal, por consiguiente y es nuestra opinión, carecía de interés en recurrir y por consiguiente de legitimación o al menos esta resulta altamente discutible.

Con independencia de lo argumentado, tampoco deja de sorprender el que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado se muestren ambos de acuerdo en que existió delito fiscal y en cambio, contrariamente a la opinión judicial, entiendan que la deuda tributaria resultante, junto con los intereses y recargos que correspondan, ha de ser satisfecha por un solo deudor ( Alfonso o Balbino , según el caso), cuando probablemente lo razonable sería que esta cuestión se decidiera contradictoriamente en un juicio oral y por tanto con sometimiento a los principios de audiencia, inmediatez, contradicción y publicidad.

3.- En nuestro auto de 7 de mayo de 2013, de constante referencia, ya nos posicionamos (Fundamento Jurídico Segundo, apartado 6, al tratar el estudio de las alegaciones previas y en alusión al invocado principio acusatorio - en su recurso el Fiscal en su último motivo alude a esta cuestión e modo tangencial) sobre la dificultad que supone el que a la luz de la doctrina aplicable y vinculante dictada en interpretación de los artículos 782 de la Lecrim - STS 1045/2007, de 17 de diciembre; 54/2008, de 8 de abril y 8/2010, de 20 de enero y STC 205/2013, en la que se examinaba la STS 8/2010 -, (a no ser que conocida esta resolución el posicionamiento de la Fiscalía y del Abogado del Estado pueda verse modificado), el Juez Instructor pueda acordar la apertura de juicio oral respecto de las acusaciones por delito fiscal contra Eva y Laura si tal acusación la verifica en solitario una acusación popular, ya que en tal caso la legitimación únicamente correspondería al perjudicado directamente por el delito: la Agencia Tributaria (supuesto que trata expresamente la STS 1045/2007), pues la legitimación de las acusaciones populares en estas situaciones de actuación en solitario como parte acusadora del proceso queda restringida a la protección y tutela de bienes jurídicos colectivos o difusos - criterio este que se sigue para evitar un uso hipertrofiado del ejercicio de la acción penal por los particulares no víctimas o perjudicados -, si bien comprendemos que en este caso y a diferencia del que examina la Sentencia del 2007, *existe un matiz o aspecto a considerar (que a priori no tendría por qué afectar a la hora de observar el principio acusatorio) en cuanto a lo que allí decidido y resuelto*, cual es que el Ministerio Fiscal y la Acusación particular, según se desprende de su posicionamiento acusatorio desplegado, piensan ejercer la acusación por delito fiscal (aunque no lo atribuyen a Eva ).

En cualquier caso, esta es una decisión que con libertad de criterio ha de quedar reservada al Instructor, pues es a él, conforme a las competencias que le otorga la Lecrim, y no a esta Sala, al que le corresponde y viene atribuido el dictado del auto de apertura de juicio oral.

**DECIMOCTAVO.-** Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

## **PARTE DISPOSITIVA:**

**LA SALA ACUERDA:** Con relación a los recursos interpuestos por las partes a que se ha hecho referencia en el encabezamiento de la presente resolución, contra el auto de fecha 25 de junio de 2014, dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Palma, en la causa DPA 2677/08 y contra el resolutorio de las reformas previas, lo siguiente:

1.- Estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Eva , en el sentido de disponer el sobreseimiento de las actuaciones por lo que al delito de blanqueo se refiere, manteniendo las imputaciones por su cooperación en sendos delitos contra la Hacienda pública referidos a los ejercicios económicos de las anualidades 2007 y 2008.

2.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Grupo de concejales del PSOE del Ayuntamiento de Valencia y el que a su vez ha interpuesto sobre el mismo motivo el Sindicato Manos Limpias, acordando incluir en el auto de transformación como imputado al Vicealcalde del Ayuntamiento de Valencia Don Oscar .

3.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Sindicato Manos Limpias e incluir como imputados en relación al convenio de colaboración suscrito por la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social y la Fundación Madrid 16, a Rodrigo y Ricardo .

4.- Estimar el recurso de apelación del Sindicato Manos Limpias, respecto a la posibilidad que concede al auto recurrido y sin necesidad al respecto de practicar nuevas diligencias de investigación o de tener que tomar declaración, para poder formular acusación contra Alfonso , Balbino y Laura , por delito de blanqueo de capitales y en los términos expuestos en el cuerpo de esta resolución.

5.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Sindicato Manos Limpias e incluir como imputado a Don Urbano .

6.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Alfonso .



- 7.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Balbino y Laura .
- 8.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Braulio .
- 9.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Victoriano .
- 10.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Amador .
- 11.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Clemente .
- 12.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Manuel .
- 13.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Socorro .
- 14.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Esmeralda .
- 15.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Sindicato Manos Limpias contra el sobreseimiento dispuesto respecto de Don Roberto y Don Lucas .
- 16.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Blas .

Quede el disco externo adquirido por la Gerencia Territorial a disposición de la Secretaria Judicial para su custodia, dándole el destino legal.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas y con certificación de la misma, que se unirá al rollo de Sala, devuélvase las actuaciones al Juzgado Instructor de procedencia, solicitando acuse de recibo.

Así, por éste nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.