

Por otra parte, aún en el caso de considerar que era necesario respetar los principios de publicidad y concurrencia, a tenor de la Disposición adicional 6ª. La doctrina y la jurisprudencia, al abordar su interpretación, sostienen que no es una cuestión pacífica la determinación de si cuando la ley se refería a estos principios lo hacía a normas concretas de la LCE o bien a que "genéricamente" se satisficieran los mismos. En este segundo caso, las exigencias serían mucho más laxas. Adviértase que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado ha reconocido que el negocio celebrado por una administración con una entidad privada que tiene por objeto la actividad de patrocinio realizada por el particular a favor de la administración se integra en la figura del convenio de colaboración del art. 3.1d) TRLCAP (Informes nº 33/97, de 10 de noviembre y 70/99, de 11 de Abril).

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

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

del artículo 2). Esto es, se adivinan dos opciones interpretativas y, la opción por una u otra, implica su inclusión o exclusión del ámbito subjetivo de la norma.

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

Retomando el concepto de poder adjudicador, consolidada doctrina jurisprudencial emitida ya por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que hace a la interpretación amplia y funcional del concepto organismo de Derecho público: SSTJCE de 15 de enero 1998, Mannesmann Anlagenbau Astrau y otros, C-44/96, de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99 y 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, se establece que para dotar de este carácter a una determinada entidad - todo ello en el marco de las Directivas de contratación: 92/50, 93/33 y 93/37 -, se deben cumplir los tres requisitos acumulativos consistentes en que se trate de un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.

En nuestro caso, CACSA si bien es una entidad creada por Generalitat Valenciana, dispone de personalidad jurídica, y sirve a finalidades de interés general, lo cierto es que desarrolla una actividad de tipología industrial o

mercantil; y su financiación procede de las arcas públicas sólo parcialmente, circunstancias que cuestionan su clara consideración como Ente público y su correlativa sumisión al Derecho administrativo.

El criterio funcional establecido por la UE sobre el que se asienta el concepto de organismo público atiende a la naturaleza de la actividad. Esto es, que satisfaga necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso por tratarse de aspectos relacionados con la gestión económica quedará justificado su sometimiento al derecho privado (informe SEC, ingresos explotación etc...) para proteger la competencia, ámbito en el que se dictan las directivas antedichas.

No podemos dejar de atender a la tesis que sostiene la defensa cuando apunta a que CACSA no es un ente instrumental que preste un servicio público y, en su consecuencia, no debe cumplir con obligaciones de derecho público. A tal efecto debe ser tomado en consideración el criterio doctrinal nacido de la STJUE de 15 de Enero de 1998 que establece que si hay una función de interés general al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales se produce la vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a las reglas de contratación pública. En cambio, si actúa en condiciones de competencia de mercado, asume riesgos de su actividad y se conduce con ánimo de lucro, cabría estimarla excluida del ámbito subjetivo de los artículos 1 y 2, interpretándose que actúa en el ámbito de derecho privado y con sujeción a la Ley de Sociedades Anónimas.

De entender que queda incluida en el artículo 2 debe abordarse nuevamente el análisis de la naturaleza del contrato, esto es, si se incardinaría o no en el contrato de servicios y si responde o no a una forma de contratación intuitu personae y, en consecuencia, integrada en la excepción que establece la Disposición Adicional Sexta con relación a la incompatibilidad de la operación con los principios de publicidad y concurrencia. Si se trata de un contrato atípico por no estar regulado en la LCE o, si quedaría integrado en el artículo 3 como convenio de colaboración.

La concreta situación aquí concurrente ha sido resuelta recientemente por el Tribunal Supremo en su auto de fecha 29 de Enero de 2016 cuando expresamente dispone:

“En el presente supuesto no cabe apreciar una contradicción patente y grosera con el Derecho, basada en la omisión palmaria de los trámites procedimentales referidos a un contrato específico, en la medida en que se discute y existen discrepancias interpretativas sobre cuál era la naturaleza del contrato que se suscribió. Esto es, si existen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato, también existirán sobre cuáles eran los trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impide hablar de una ilegalidad evidente, flagrante y clamorosa o de una desviación o torcimiento del derecho, por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato. No corresponde a esta Sala determinar cuál es la naturaleza del contrato y el procedimiento que debió seguirse, ya que no es la jurisdicción competente, pero sí es factible afirmar que precisamente la disparidad de criterios sobre normas jurídicas y procedimiento aplicable elimina los indicios de una posible prevaricación. Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del Derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falta la base en la que sustentarla. Esta Sala en el Rollo de Casación 1216/2012, sentencia de 15/7/2013, dictada para resolver un asunto análogo al que nos ocupa (trabajos realizados por periodista para el Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares) decíamos que las resoluciones en cuestión “en modo alguno pueden ser calificadas de prevaricadoras, ya que se dictaron en el marco de un contrato administrativo para cumplir un servicio público que efectivamente se prestó”.

Como expresa la precitada resolución, “el Derecho Penal es la ultima ratio y sólo entra en juego cuando han fracasado los demás sectores del ordenamiento jurídico o se revelan insuficientes por la naturaleza arbitraria de la resolución dictada”. Y, añade: “Las SSTs de 24.2.2015 y de 23 de enero de 2014 recalcan ese principio de aplicación subsidiaria del derecho penal, precisando que el delito

de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas”.

Por lo que respecta al segundo convenio, como anticipábamos al analizar los hechos precedentes, la LCE sufrió una reforma en el año 2005 relacionada con la ampliación del ámbito subjetivo de la norma, especificándose en su artículo 2º que, para determinados contratos de derecho privado, quedan incluidas:

“Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.

Correlativamente, resultó modificada por la misma norma la Disposición Adicional Sexta: “Principios de contratación en el sector público. *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”.

La normativa anterior debe ser completada con el Artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de Noviembre de Patrimonio de Administraciones Públicas, relativo al ámbito de aplicación de la norma, que reza así: “Las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:

“(…) c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta , en su capital social de las entidades que , conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091 / 1988 , de 23 de septiembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la c) Ley General Presupuestaria , integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100 . Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas”.

Por su parte, el artículo 6 del RD 1091/1988 de 23-09 dice que integran el Sector Público Estatal: “1. Son Sociedades estatales a efectos de esta Ley:

a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público.

b) Las Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

2. Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley.

3. La creación de las Sociedades a que se refiere la letra a) del número 1 anterior y los actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del Estado o de sus Organismos autónomos y Entidades de Derecho público en las mismas, se acordarán por el Consejo de Ministros.

4. La gestión de las Sociedades estatales se coordinará con la Administración de la Hacienda Pública en los términos previstos por esta Ley.

5. Son 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.

6. Los organismos públicos a que hace referencia la disposición adicional única de la Ley 62/2007, de 26 de diciembre que modifica la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, se regirán por su legislación específica, por las disposiciones de la presente Ley que les sean de aplicación y, supletoriamente, por la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En la exposición de motivos de la Ley RD Ley 5/2005 de 11 de Marzo que da nueva redacción al art. 2 LCE. Se dice:

“Por último, en el título IV se procede a la mejora de la contratación pública, adaptando el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para incluir determinados aspectos de la actividad de las fundaciones del sector

público e incluir determinados aspectos de los convenios firmados con otras Administraciones.

Se unifica el concepto de sociedad a las expresiones comunes de los artículos 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y de la Ley 6/1997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuya disposición adicional duodécima fue modificada por la redacción establecida en la disposición final primera 3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

También 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 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 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 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 al Reino de 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.”

Resulta que, cuando en el año 2005 se suscribe el convenio (addenda de 8-10-2005) se halla vigente la nueva redacción. Por lo tanto, en el presente caso, ya no hay duda de la sujeción a la ley de contratos.

Aunque no deja de ser curiosa la falta de claridad de la Ley ya que sigue planteando problemas al “encajar” igualmente en el artículo 2º o en la Disp. Adicional 6ª a “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).

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

Como hemos venido argumentando a lo largo de la presente sentencia, con alusión constante a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo- ahora

aplicada a la concreta actuación llevada a cabo por la Fundación Turismo Valencia Convention Bureau (en adelante FTVCB)- el delito de prevaricación requiere acreditar previamente cuál sea el procedimiento concreto que se soslaya, a fin evaluar los concretos controles que se eluden. Pues no toda ilegalidad administrativa puede ser elevada a categoría de delito, sino las más flagrantes y dolosas, en aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal.

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

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

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

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

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

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

El artículo 1.1 del TRLCAP definía el ámbito de aplicación subjetiva de la ley afirmando que se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley, *"los contratos que celebren las Administraciones Públicas"*, dedicando el legislador los dos siguientes apartados a definir lo que entendía por Administraciones Públicas.

Y en su párrafo 2º además de la Administración General del Estado mencionaba a las *Administraciones Territoriales, los organismos autónomos y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*, siempre que se dieran en ellas los dos siguientes requisitos:

a) *Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

De ello colegimos, que se mantuvieron las dificultades interpretativas sobre la incardinación de las Fundaciones como FTVCB, pues al amparo de estos preceptos, no es claro si la Fundación quedaba sujeta a las disposiciones de la ley, pues *no es una Administración Territorial, ni es un organismo autónomo; y es dudoso*, atendida la específica normativa aplicable a las fundaciones en la Comunidad Valenciana que pueda ser considerada como una *entidad de derecho público* (o cuando menos no puede afirmarse tal extremo sin llevar a cabo una interpretación extensiva de la norma), siendo palmario, por otra parte, que no era una sociedad privada. (Folios 28854, 29688 y 14232).

Además de estos supuestos, el TRLCAP contemplaba un segundo nivel de sujeción a la legislación de contratos en su artículo 2, que calificaba como "*adjudicación de determinados contratos de derecho privado*" y que consistía en que determinadas entidades, distintas de las analizadas hasta ahora, no quedaban sometidas íntegramente a la ley pero sí a las prescripciones sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para ciertos tipos de contrato, siempre que superaran un determinado umbral referido a su cuantía. Para el resto de contratos que celebraran esas entidades, el TRLCAP contemplaba un tercer grado de sujeción a la legislación de contratos administrativos, limitado a los genéricos principios de publicidad y concurrencia (Disposición Adicional Sexta).

En la redacción inicial del TRLCAP, vigente en la fecha de los convenios, los sujetos que quedaban sometidos parcialmente a la legislación de contratos eran las "*entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior*", por lo que se mantenían las aludidas dudas interpretativas. La

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

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

Como hemos referido reiteradamente a lo largo de la presente resolución, el artículo 2, 1 del TRLCAP fue de nuevo modificado por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. El nuevo precepto, aplicable desde el 15 de marzo de 2005, hizo expresa referencia, al margen de las entidades de derecho público no incluidas en el artículo I del TRLCAP, a las:

-sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las

demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades e interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público".

Como expresa su exposición de motivos, la norma pretendió unificar el concepto de "sociedad" a las expresiones comunes de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Al mismo tiempo, persiguió incluir expresamente a las fundaciones del sector público para *"solucionar los problemas derivados de la ausencia de aplicación por estas 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"*.

Queda claro por tanto, que, con anterioridad al Real Decreto Ley 5/2005, las fundaciones del sector público no quedaban sujetas al TRLCAP. Y también, que cuando el TRLCAP, en la redacción dada por la Ley 62/2003, se refería a las "sociedades de derecho privado", estaba aludiendo a sociedades mercantiles (y no a las fundaciones). Pues, no es hasta el dictado de la ley de 2005 cuando se concreta de forma más detallada, si bien en la medida en que sigue refiriéndose sólo a las *fundaciones del sector público* mantiene vigente el problema de laxatividad en la dicción del precepto, abonando la tesis de que las fundaciones privadas seguían sin estar incluidas en el TRLCAP, tras el Real Decreto Ley 5/2005.

Las defensas sostienen que la fundación se crea como privada. Sustentan tal aseveración en el hecho de que la ley valenciana de Fundaciones, antes de la reforma de 2008 no se distinguía entre fundaciones públicas y privadas. Distinción que sólo se produce expresamente a partir de 2008.

Pero la Ley de Subvenciones valenciana (38/2003 Disposición adicional Décimo sexta) establecía-en los mismos términos que la Ley estatal- que para

entenderse integrada una Fundación en el sector público local se exige que se constituya con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una entidad local o de sus entes, o que su patrimonio fundacional "con carácter de permanencia" esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Y, en la fundación no se da este requisito.

La dotación es de 10 millones y el Ayuntamiento aporta 2.500.000 ptas. La cantidad restante viene conformada por aportaciones privadas (Confederación Valenciana Empresarios, Cámara Comercio y Feria). Por ello, tal requisito no concurriría aún adicionando estas 2 aportaciones- la del Ayuntamiento y la de Feria- que son las dos únicas públicas. Además, tampoco concurriría el presupuesto relativo a que el patrimonio fundacional con carácter de permanencia esté formado en más del 50% por bienes cedidos por las administraciones. Por otra parte, la representación del Ayuntamiento en el Patronato (artículo 10 de sus Estatutos) es minoritaria.

Por tanto se trataría de una Fundación que, ni ahora ni antes, debiera entenderse integrada en el sector público local funcional, de acuerdo con una interpretación conjunta de las siguientes normas y preceptos:

El art. 33 de la Ley 8/ 1998, de 9 de Diciembre de Fundaciones; la Disposición Adicional Décimo Sexta de la Ley 38/2003, General de Subvenciones; el apartado 5 del art. 6 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria; y el art. 3.1.t) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

De ellas cabe deducir que para entenderse integrada una Fundación en el sector público local se exige que se constituya con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una entidad local o de sus entes, o que su patrimonio fundacional "con carácter de permanencia" esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades lo que en nuestro caso ni se ha dado, ni se da; bien entendido que, en lo que se refiere al segundo de los criterios, cabe entender que no existe obstáculo para que la Fundación pueda

recibir aportaciones importantes del sector público, incluso con periodicidad, sin que por esto pierda su naturaleza jurídico privada, pues se trata bien de subvenciones o bien de transferencias que no se incorporan a su patrimonio con dicho carácter de permanencia, sino que se destinan al ejercicio ordinario de su actividad. Y es esto, precisamente, lo que ocurre en la relación entre la FTCBV y el Ayuntamiento.

El informe de la IGAE interpreta que las transferencias para financiación se incorporan a la dotación, pero la Ley exige que esta aportación se lleve a cabo con carácter permanente. Se basa para ello en un artículo que hace referencia a que estas aportaciones se entenderá que forman parte del patrimonio cuando la dotación inicial sea insuficiente para cumplir los fines. Considera que la cantidad inicial aportada de 10 millones es insuficiente y afirma que hay que entender que debe quedar completada con las aportaciones sucesivas.

Consideramos que tal afirmación es discutible, ya que en la fecha de constitución (año 91), la cantidad de 10 millones no necesariamente debía reputarse insuficiente. Y además la propia ley de fundaciones establece una presunción de suficiencia de la aportación cuando ésta importe, por lo menos, la cantidad de 30.000 euros. Advertimos, a partir de la ponderación de las conclusiones que alcanza la IGAE con las contenidas en el informe emitido por el perito, Sr. Baño León, que la IGAE fuerza una interpretación de la norma que no puede ser admitida desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia en la medida en la que se adivina una interpretación de la norma más favorable o pro reo.

Pero la prueba más concluyente de lo que se afirma es que dicha problemática interpretativa finalizó con la inclusión expresa de las entidades de derecho privado en la reforma legislativa introducida mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2006, en cuya Disposición Final cuarta se acordó la modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, con efectos desde el día 1 de enero de 2007 y, vigencia indefinida, en los siguientes

términos: "Se modifica el apartado 1 del artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que queda redactado del siguiente modo: «Artículo 2. Adjudicación de determinados contratos de derecho privado.

1. *Las entidades de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto, siempre que tales entidades hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior».*

Por lo tanto, en fechas anteriores a esta reforma, la legislación administrativa no regulaba de forma clara la vinculación de este tipo de fundaciones a la LCE, como muestra la necesidad de la reforma legal expresa para clarificarlo.

Con respecto a su consideración como poder adjudicador de acuerdo con la doctrina jurisprudencial emanada del TJCE se advierten dudas, tal y como ya hemos expresado anteriormente, remitiéndonos a las consideraciones antedichas respecto de tal cuestión. En cualquier caso, de entenderse así, de acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, que aquí reproducimos, consideramos que no cabe integrar una norma penal mediante una directiva no traspuesta.

Como consecuencia de todo ello, advertimos que, como elemento de tipicidad del delito, la falta de claridad de la normativa reguladora determina la ausencia de *lex certa, lo que impide que* podamos partir de la existencia de una normativa taxativa que se contravino. Y aún en caso de entender que el acusado debió resolver las dudas aplicando principios esenciales de publicidad y concurrencia, no se han aportado elementos de prueba que, con la certeza exigida, en virtud

del derecho a la presunción de inocencia, acrediten que el acusado actuó con la voluntad consciente y deliberada de infringir la normativa y, por lo tanto, ajeno al interés general.

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

Por otra parte, al hilo de lo afirmado, no esta de más puntualizar que el análisis a realizar no puede llevarse a cabo con criterios actuales sino con los existentes en el año 2004 cuando la Directiva 2004/18/CE se acababa de dictar y su trasposición fue diferida en el tiempo, provocando con ello que el Reino de España fuera condenado por el TJUE en reiteradas ocasiones. Debiendo añadir a lo anterior, para evidenciar el estado de cosas preexistente, que el Ayuntamiento buscó asesoramiento externo y encargó un informe jurídico a la firma de abogados Gómez Acebo y Pombo (f. 29767).

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

El delito de prevaricación que imputan las acusaciones populares a D. Alfonso Grau se fundamentaría en el hecho de haber seguido las directrices de Dña. Rita Barberá. Sostienen que siguiendo las indicaciones de aquélla, en su calidad de

Vicealcalde del Ayuntamiento de Valencia y Presidente de la FVTCB, habría adoptado la decisión de suscribir con el Instituto Nóos un Convenio de colaboración cuyo objeto vendría determinado por la celebración de una cumbre sobre turismo y deporte, adjudicando el contrato a D. Ignacio Urdangarin en atención a su privilegiado posicionamiento institucional, dada su proximidad a la Jefatura del Estado, y prescindiendo para ello de cualquier procedimiento administrativo, pese tener cumplido conocimiento de que, por tratarse de un contrato calificable como de servicios, estaba sometido a la LCE.

Afirman que con tal finalidad, y pese a que la decisión se adoptó formalmente en la Junta de patronos, el acusado fue quien impulsó tal decisión, ya adoptada previamente, de forma se habría limitado a trasladar a sus integrantes la decisión que ya había sido ya tomada, no habiendo tenido lugar debate alguno sobre la procedencia y necesidad para el interés general ni sobre el alcance de los compromisos económicos.

Por tanto, las acusaciones parten de la premisa de que los contratos de colaboración suscritos por el Instituto Nóos con las administraciones autonómicas eran franca y abiertamente contrarios a la legalidad administrativa y, por tanto, patentemente ilegales, por haber sido suscritos orillando los principios de publicidad y concurrencia competitiva. Principios que les vinculaban en tanto que la Fundación, pese a su denominación formal, era un organismo de interés público.

Ello no obstante, la ponderación conjunta del acopio probatorio practicado, nos conduce a considerar que la decisión de suscribir los convenios se adopta en la junta de patronos, sin que haya quedado acreditado que la convocatoria de la Junta tuviera por exclusiva finalidad revestir de legalidad la decisión. Y así se desprende del contenido de las actas incorporadas a la causa como prueba documental (Anexo 99). Y, de la declaración que, como integrantes de la misma, prestaron los testigos a tal efecto propuestos, quienes reconocieron su asistencia y el hecho de que el acusado les sometió las propuestas a su consideración, emitiendo cada uno de ellos libremente su voto. Y, en prueba de

ello, la testigo Consuelo Garde declaró que a ella no le pareció bien la propuesta y se abstuvo. Sólo la testigo Gabriela Sales vino de algún modo a avalar la tesis de la acusación cuando afirmó que tuvo la sensación de que la propuesta estaba decidida. Ello no obstante, la Sala pudo advertir que la testigo también evidenció su descontento por no haber sido su empresa la beneficiaria. Debemos significar que, frente a este único testimonio, se alzan los de los restantes integrantes de la Junta y que todos ellos son miembros destacados del empresariado del sector turístico de la Ciudad de Valencia, y amplios conocedores y operadores activos de los sectores afectados por tales ámbitos.

En otro orden de cuestiones, advertimos que la FTVCB, dispone de una plantilla con personal fijo, instalaciones independientes, y una gerencia profesionalizada al frente de su funcionamiento ejecutivo.

Asimismo, debemos apuntar al hecho de que Alfonso Grau nunca se reunió con Ignacio Urdangarin y con Diego Torres. Resultando una posibilidad razonable, a juicio de la Sala, que D. Alfonso Grau pensara que dicha contratación había sido supervisada por CACSA.

Finalmente, hemos tomado en consideración la conceptualización de la decisión como un acto de desviación de poder de forma que la flagrante contradicción con la legalidad, se derivaría no tanto del modelo de contratación ni del objeto del contrato sino de haber traspasado la línea de la discrecionalidad administrativa hasta cierto punto legítima, pues el acusado al promover la contratación realizó un puro acto voluntarista para favorecer a una asociación representada por una persona estrechamente vinculada con la Jefatura del Estado. Es decir, un acto arbitrario de contenido económico y por tanto susceptible de perjudicar a la administración no guiado por la consecución de un interés público o general.

No obstante resultar evidente que, esta es una hipótesis razonable,-dadas las circunstancias que concurren en el contexto en el que se cierra esta contratación-, conforme se expone en el *factum*, la Sala alberga dudas de que

efectivamente fuera tal intención el único motivo. Las defensas han alegado causas alternativas que son razonables y constan acreditadas mediante la prueba documental aportada. Esto es, la designación de Valencia como sede de la Copa América, el plan de acción aprobado, la condición de deportista de élite de D. Ignacio Urdangarin, la posibilidad de conseguir relaciones a alto nivel o la consecución de los objetivos de sus entidades conforme a sus respectivos estatutos.

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

Adviértase en tal sentido, que la propia asesora jurídica de CACSA, Sra. Mallent, defendió que, con anterioridad al año 2004, a la mercantil únicamente le resultaba de aplicación la Disposición Adicional 6ª y que, con posterioridad a la modificación, el art. 2 de la LCE, únicamente resultaba aplicable a determinados contratos en atención a su cuantía. Si bien precisó, que la aplicación de la ley se limitaba a aquellos preceptos relacionados con la publicidad, capacidad, procedimientos y adjudicación. Asimismo, la versión de los hechos sostenida por la testigo, vendría avalada por la operativa comercial desplegada por CACSA, SA en el ejercicio de su actividad ordinaria, acaecida en fechas anteriores, coetáneas y, en algunos supuestos, posteriores a los convenios aquí examinados, que resulta ser análoga a la aquí analizada. Así se advierte del contenido de la prueba documental anticipada presentada por las defensas de la que se desprende que, CACSA, SA, suscribió los siguientes negocios jurídicos: 1.-Contratos de Patrocinio

entre CACSA, SA y Valencia Club de Atletismo de fechas 15.5.2003, 15.2.2004, 21.2.2005, 21.2.2006 y 21.2.2007; 2.- Convenios de colaboración entre la Fundación "Crece Jugando" y CACSA, SA para la campaña de solidaridad "Un Juguete, una ilusión" de fechas 1.12.2003, 6.12.2004, 16.9.2005, 11.5.2006 y 3.5.2007; y, finalmente, 3.- Contrato de Esponsorización deportiva celebrado entre CACSA, SA y LEVANTE UNIÓN DEPORTIVA, S.A.D de fecha 23.6.2004.

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

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

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

En otro orden de cuestiones, particularmente concernidas al delito de malversación de caudales públicos, concluimos a partir de la prueba que a continuación analizaremos, que los eventos celebrados en los ejercicios 2004, 2005 y 2006 en la ciudad de Valencia cumplieron con los objetivos y finalidades propuestos y, en su consecuencia, no consta acreditado detrimento o perjuicio alguno para el erario público. Nos pronunciamos en tal sentido a resultas de las conclusiones contenidas en la pericia realizada por D. Juan Cardona Soriano, fechada el 9 de diciembre de 2015. El perito concluye, con relación a los aspectos reputacionales de los eventos Valencia Summit 2004, 2005 y 2006, lo siguiente:

1.- El 97% de las informaciones publicadas en medios de comunicación sobre los eventos Valencia Summit fueron positivas o muy positivas, apenas un 3% planteaban alguna crítica. La repercusión mediática contribuyó notablemente a satisfacer los objetivos de notoriedad y posicionamiento que buscaba CACSA, más allá del ámbito especializado de la empresa y del deporte de élite, sino entre la opinión pública española y valenciana.

2.-La inversión económica global realizada en los eventos Summit (sumando la inversión realizada por CACSA y por la FTVCB) fue recuperada en su totalidad con un ROI del 1,05. El retorno de la inversión cubre la cobertura mediática con un valor informativo de 2.013.139,79 euros. Los resultados obtenidos en términos de promoción y relaciones públicas para CACSA supusieron un ahorro de 724.855 euros. Asimismo advierte un retorno directo de ingresos como consecuencia de la inversión en estos eventos de 524.695,78 euros.

3.- Afirma que si se considera únicamente la inversión realizada por CACSA, no sólo se habría recuperado, sino que se habría obtenido un retorno económico adicional del 86%.

4.- Finalmente, agrega múltiples beneficios intangibles tanto en entidades patrocinadoras como para la ciudad de Valencia, de difícil valoración económica pero de un enorme valor cualitativo, especialmente con impacto en el turismo.

En idéntico sentido se pronunció Dña. Rocío Casanova Llorens, directora de comunicación de CACSA, quien asumió la supervisión mediática de los eventos y la realización del Clipping de seguimiento en medios. La testigo manifestó haber valorado el impacto económico a través del impacto mediático para cada uno de los eventos. Y, para ello, la valoración que realizó consistió en determinar la tarifa del coste de un anuncio de publicidad en la misma franja horaria y, con idéntica duración, en la que se dio la noticia sobre el evento. Dentro de tales parámetros concluyó que había sido cumplido el objetivo reputacional relacionado con la repercusión mediática del evento, y los relacionados con la promoción de la imagen de la Ciudad de las Artes y las Ciencias, con la finalidad de dar a conocer el producto y, el retorno en términos de conocimiento y notoriedad de la Ciudad de las Artes y las Ciencias. Es más, sostuvo que el sistema SAB introducido en CACSA exigía que el departamento proponente de un evento introdujera la petición en dicho sistema y, seguidamente, se iniciaba una cadena por cuanto tal petición se remitía al departamento de compras, al departamento jurídico, al departamento de dirección-gestión y, finalmente, a la dirección general a la que correspondía dar la aprobación para su realización.

Posteriormente, afirmó, que una vez realizado el evento le correspondía a ella realizar un informe para determinar si se habían cumplido las expectativas propuestas. Y, únicamente, cuando había emitido tal informe, se liberaba el pedido, esto es, se aprobaba su pago. Reiteró, que sin su informe el pago no se liberaba.

Respecto del funcionamiento del sistema SAB, la información aportada por la Sra. Casanova vino corroborada por la declaración prestada por Dña. María Ángeles Mallent quien describió que la introducción del pedido en el sistema la realizaba el departamento proponente para su traslado al departamento económico-financiero, al departamento jurídico, retorno, de retorno al departamento económico y, finalmente, a las direcciones para su aprobación.

Por otra parte, no advertimos que la cantidad presupuestada como coste de los eventos, como ya dijéramos respecto de los celebrados en Baleares, resulte ser superior al precio de mercado, sirviendo a dicha argumentación las comparativas efectuadas en apartados precedentes, en este caso, realizadas a partir de los contratos suscritos por la mercantil con otras entidades, de los que resulta que, las cuantías comprometidas en aquellos supuestos no difieren sustancialmente de las comprometidas para la organización y desarrollo de los eventos denominados Valencia Summit.

La prueba practicada conduce a no estimar acreditados los elementos típicos que conforman los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude a la administración, tal y como se han ido definiendo a lo largo de la presente sentencia.

Por lo que respecta al delito de falsedad en documento mercantil atribuido a D. Ignacio Urdangarin y a D. Diego Torres, no puede inferirse que la facturación presentada no responda a servicios realmente prestados. Y, como ya argumentamos extensamente con respecto al primer foro celebrado en Baleares en 2005- en particular, con ocasión de la valoración del correo electrónico remitido por Diego Torres Pérez a Marco Antonio Tejeiro, argumentos todos ellos a los que expresamente nos remitimos- no advertimos que la disposición anímica del acusado estuviera orientada a tal fin. Todo ello, como decíamos, sin perjuicio de que la imputación de costes por servicios no contemplados en las estipulaciones convencionales pudiera resultar susceptible de reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa por incumplimiento contractual (ATS ROJ: 515/2016, de 29 de Enero de 2016) y, de la relevancia penal que la

operativa relacionada con la facturación intragrupo, a la luz del resultado de la prueba practicada, pudiera disponer desde la perspectiva del delito contra la hacienda pública, postulado por las acusaciones.

Finalmente, se postula frente a Dña. Elisa Maldonado un delito de falsedad en documento público con ocasión de la redacción del informe de justificación de la formalización del convenio suscrito en el año 2004 (f. 2468. Anexo 48). Respecto de tal informe, sostiene la acusación que D. Jorge Vela ordenó a Dña. Elisa Maldonado en el año 2005 realizar un informe para justificar el convenio de 2004, indicándole que lo datara en el año 2004, con la finalidad de incorporarlo al expediente y dar cumplimiento a la falta de justificación en la inaplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación de 2004, advertida por la Sindicatura de Cuentas. En idéntico sentido se pronuncia respecto del informe técnico que afirma, redactó la acusada en fecha 20 abril de 2007, para su incorporación al expediente correspondiente al evento celebrado en el año 2006 (f. 2471 y 2472. Anexo 48).

Con relación a los hechos objeto de acusación, Dña. Elisa Maldonado manifestó que, a su juicio, no era necesario un informe técnico porque se trataba de un patrocinio sujeto a derecho privado, al que no le resultaba de aplicación la Ley de contratos. Afirmó que cuando emitía estos informes (también cuando elaboró el informe concernido al evento celebrado en 2004) solicitaba a la asesoría jurídica el texto de los convenios, las memorias, el clipping de prensa y, en definitiva, toda la documentación necesaria. Asimismo detalló que no se trataba de informes sujetos a la ley de contratos, sino de informes en los que se valoraba la decisión estratégica de la empresa, dirigidos a la Sindicatura de Cuentas o a terceros. Concretó que se trata de informes que analizan el objetivo y el resultado de una concreta acción de comunicación, en los que se concluye si la acción ha tenido o no un resultado positivo y, en definitiva, si la decisión estratégica ha sido o no acertada.

El contenido del informe emitido, avala las manifestaciones vertidas por la Sra. Maldonado relacionadas con el análisis documental que refiere haber realizado

para su confección. De ello deducimos que, el contenido de los informes emitidos se ajusta a la realidad, en la medida en la no es sino un reflejo de la documentación consultada. Precisamente, el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones advierte una coincidencia evidente entre el informe emitido y el texto del convenio concernido al evento celebrado en el año 2004. Por otra parte, la versión de los hechos que sostiene la acusada respecto de la naturaleza de los informes emitidos viene a resultar corroborada por el contenido del correo electrónico obrante en el folio 24.961, remitido por Amparo Porras en fecha 5 de marzo de 2007 y en el que consta como asunto: "Instituto Nóos-Sindicatura" y, puede leerse: "Os lo comento porque ha solicitado esta contratación Sindicatura y como siempre en este tipo de contrataciones si aportamos informe de seguimiento o de resultados, mejor (es lo que nos vienen pidiendo desde hace años). Se trata de justificar la aportación de CACSA, SA".

Esta circunstancia avalaría por sí misma la atipicidad de la conducta en la medida en la que, aún confeccionados con posterioridad, los informes reflejan la realidad de unos hechos que hallan sustento en la documentación relacionada en los expedientes, respecto de cada uno de los eventos. Y, aún cuando se advierte, que en el informe obrante en el folio 2468, obra una modificación de la fecha, efectuada de forma manuscrita, este sólo hecho no conformaría una acción falsaria típica en la medida en la que, como hemos argumentado previamente, tal acción carece entidad suficiente para comprometer la seguridad del tráfico jurídico y, en definitiva, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos. En definitiva, no advertimos en la conducta riesgo alguno para el bien jurídico protegido en la medida en la que tal acción carecería de potencialidad lesiva para producir un daño real o potencial en el tráfico jurídico.

Lo que conduce, en virtud de los razonamientos expuestos en este fundamento, a emitir un pronunciamiento absolutorio respecto de los delitos postulados frente a los acusados, con todos los pronunciamientos favorables. En particular, respecto de D. Marco Antonio Tejeiro Losada y de Dña. Ana María Tejeiro Losada,

reproducimos los argumentos en los que sustentamos tal pronunciamiento absolutorio, contenidos en los apartados precedentes.

2.- PROYECTO JUEGOS EUROPEOS

El resultado del acopio probatorio practicado permite advenir que la decisión política adoptada por el entonces Presidente de la Generalitat Valenciana, D. Francisco Camps respecto del proyecto denominado Juegos Europeos, tal y como el propio testigo reconoció en el plenario, se enmarca dentro del conjunto de acciones que el Gobierno Valenciano adoptó con la finalidad de promover la proyección internacional de la ciudad de Valencia y, por extensión a toda la comunidad, que la designación de la ciudad de Valencia como sede de la Copa América, les procuraba. La gestación de tal proyecto y, en definitiva, su ideación nació de la persona de D. Miguel Zorío, responsable de la mercantil Lobby de Comunicación, SL, tal y como aquél relató en el curso de su declaración plenaria.

Ello no obstante, la relación laboral preexistente entre la mercantil de su propiedad y el Instituto Nóos con ocasión de los servicios que, en el ámbito del objeto social de Lobby de Comunicación, fueron desarrollados por tal empresa para el Instituto Nóos respecto de otros proyectos, motivó que éste encomendara al Instituto la realización de un estudio relacionado con la viabilidad del proyecto, tal y como demandaron los representantes políticos de la comunidad valenciana en el curso de los contactos y entrevistas mantenidas entre el Sr. Zorío, los representantes del Instituto Nóos, el vicepresidente del gobierno Valenciano, Sr. Campos Guinot y el entonces presidente, Sr. Camps. Contactos previos que todos ellos reconocen en el curso de sus declaraciones y sitúan en un marco temporal previo (verano de 2005) al anuncio del proyecto que, en Septiembre de 2005, realizó el propio presidente del gobierno valenciano en una sesión celebrada en Les Corts Valencianes, donde fue sometido a votación.

La aprobación del proyecto por parte del Consell de Govern de la Comunidad motivó que, en fecha 23 de diciembre de 2005, se firmara un convenio de

colaboración para la preparación de la candidatura de la Comunidad Valenciana como sede de la primera edición de los Juegos Europeos, entre la Generalitat Valenciana, representada por el Vicepresidente del Consell, D. Víctor Campos Guinot, facultado para la realización de tal acto por acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 23.12.2005; La Sociedad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, SA, representada por D. Esteban González Pons, en su condición de consejero delegado, en ejercicio de las facultades que le fueron delegadas mediante acuerdo del consejo de administración de fecha 15.12.2005; y, la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada, representada por D. Diego Torres Pérez, facultado para tal acto por acuerdo de la Junta Directiva de fecha 26 de Noviembre de 2005 (f. 14.606 a14620).

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

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

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

subvención mediante el precitado convenio:

- 1.- Creación de la Oficina técnica del proyecto.
- 2.- Contratación de asesores conocedores de la problemática olímpica de los 45 países pertenecientes a la asociación de comités olímpicos europeos.
- 3.- Contratación del personal requerido para la gestión del proyecto.
- 4.- Confección del dossier de la candidatura y documentación anexa.
- 5.- Presentación del dossier ante organizaciones y estamentos deportivos nacionales e internacionales.
- 6.- Favorecer la presencia del proyecto en foros internacionales.
- 7.- Diseño de la imagen corporativa de la candidatura.
- 8.- Implementación de las acciones protocolarias que fuesen necesarias según las costumbres del movimiento olímpico.
- 9.- Asesoramiento estratégico a los órganos decisorios de la Comunidad en cuantas cuestiones pueden ser de su interés en relación con la candidatura de Juegos Europeos.
- 10.- Asesoramiento en la puesta en marcha de las acciones que puedan contribuir a la potenciación y optimización de las ventajas estratégicas para la comunidad valenciana en el ámbito internacional, derivadas de la celebración en la ciudad de Valencia de la Copa América 2007. De un modo particular, tendrán en cuenta las repercusiones de estas ventajas en los países de abanderamiento de las embarcaciones que compiten en este evento y, de modo singular, en China.

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

La duración del convenio se fijó en el marco temporal comprendido entre el día 1.1.2006 y el día 31.12.2007, prorrogable anualmente a su vencimiento

(Cláusula 8ª). Estableciéndose que se regiría por las normas contenidas en la Ley General de Subvenciones de la Generalitat Valenciana, en el TRLHPGV, legislación presupuestaria y de convenios de la Generalitat y demás normas de derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado (Cláusula 10ª). Disponiéndose expresamente, que la justificación del gasto se llevaría a cabo de conformidad con lo prevenido en el art. 30 LGS, y siempre con anterioridad al 31.12.2006 (Cláusula 6ª).

La realización del estudio inicial sobre la viabilidad del proyecto por parte del Instituto Nóos y la circunstancia de que, una vez suscrito el convenio, el Instituto encomendara a la referida mercantil la realización de un plan de comunicación (forma genérica con la que describimos en amplio conjunto de servicios que fue encomendado a la mercantil antedicha), motivó la existencia de una serie de relaciones internas entre el Instituto Nóos y Lobby de Comunicación, SL, materializadas con ocasión del contrato suscrito entre ambas partes en fecha 1.1.2006 (f. 2170. Pieza 25), en las que se sustentó la confección de una factura de fecha 31.7.2006 por importe de 241.971,30 euros (Carpeta Lobby. Folio 4. Anexo 67), abonada por la administración valenciana. Con relación a los servicios contemplados en la precitada factura, el testigo Sr. Zorío manifestó que todos ellos eran reales y respondieron a prestaciones efectivamente ejecutadas, siendo los servicios relacionados en las facturas retrocedidas por la mercantil Lobby de Comunicación las que comprendían prestaciones que no llegaron a materializarse y que, con ocasión de su retroceso, no fueron abonadas.

La coincidente versión de los hechos recabada de las declaraciones prestadas por D. Francisco Camps, D. Víctor Campos Guinot, y del propio Sr. Zorío, permite concluir que el proyecto, finalmente, no resultó viable debido a que concurría con la candidatura de la ciudad de Madrid como sede de los JJOO, siendo abandonado por los responsables políticos de la Comunidad Valenciana, hasta en dos ocasiones, en favor de aquélla candidatura, aconsejados por los responsables del Comité Olímpico Español acerca de las vicisitudes que, para su efectiva consecución, supondría la presentación simultánea de dos candidaturas por parte de un mismo país.

Ello no obstante, el Instituto Nóos presentó al cobro las facturas correspondientes a las actividades que estimó ejecutadas hasta la fecha en la que se descartó definitivamente el proyecto (Anexo 64).

Sin embargo, la administración valenciana advirtió la falta de justificación documental de determinadas prestaciones que fueron facturadas, circunstancia que fue comunicada a los representantes del Instituto, indicándoles que la ausencia de justificación del gasto provocaría el rechazo de las facturas presentadas. Este hecho, manifestado de forma coincidente por las testigos Sras. Villalonga, Brusola y Chova, fue corroborado por el testigo Sr. Zorío quien, incluso, relató las notables dificultades de los representantes del Instituto para cumplimentar la justificación de los gastos del modo requerido por la Generalitat, de acuerdo con las prevenciones legales contenidas en la normativa autonómica recogida en la Ley de Subvenciones de la Generalitat, lo motivó que aquél, intermediara con las autoridades y concertara una reunión para tratar esta cuestión (extremo que, como más adelante analizaremos, también se desprende del contenido de las comunicaciones telemáticas internas existentes en el seno del Instituto Nóos).

Así, tuvo lugar una reunión entre Dña. Isabel Villalonga, Subsecretaria de Presidencia de la Generalitat Valenciana, Dña. Ana Brusola, Secretaria General Administrativa, Dña. Irene Chova, interventora y, D. Marco A. Tejeiro, en representación del Instituto Nóos, tal y como todos ellos reconocieron en el curso de sus respectivas declaraciones plenarias, con la finalidad de clarificar el modo en el que debía ser justificado el gasto por parte del órgano subvencionado.

El rechazo inicial de las facturas en las que se reflejaban prestaciones que no se consideraron debidamente justificadas motivó que, en fecha 17 de Abril de 2006, D. Diego Torres Pérez remitiera a D. Marco A. Tejeiro un correo electrónico interno, en el que figura como asunto: "Facturas Proforma" (documento 14.102. Bloque documental aportado por la defensa de D. Diego Torres en el trámite de cuestiones previas), y puede leerse:

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

Siguiendo las indicaciones anteriores, D. Marco A. Tejeiro, con fecha 30 de mayo de 2006, remite un correo electrónico a Dña. Patricia Corrons, directora general de Sociedad Gestora para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, SA (documento 14.111 del mismo bloque documental), en el que puede leerse: “Buenas tardes, Patricia. Mañana por la mañana te llegará por mensajero una muestra de facturas de gastos en los que el Instituto Nóos ha incurrido para el proyecto Juegos Europeos. Por favor, revísalos y si ves que la forma de presentarlos es correcta me lo dices, y si hay que corregir la forma de presentación me lo comentas. Espero tus comentarios. Un cordial saludo. Marco Tejeiro”.

Finalmente, Dña. Isabel Villalonga, en los términos que expuso en el curso de su declaración, confirmada por la información plenaria aportada por las Sras. Brusola y Chova, decidió rechazar el pago de un número importante de facturas presentadas por el Instituto Nóos, por no estimar justificado el gasto, de conformidad con las exigencias normativas que resultaban de aplicación. Asimismo manifestó que a finales del año 2006 la dotación presupuestaria asignada al proyecto (crédito) con cargo a los presupuestos de la Generalitat fue “barrada” (cancelada) y, esta circunstancia impidió que pudiera ser destinada al pago de sus costes.

Pese a ello, consideramos que no ha resultado acreditado que los representantes del Instituto Nóos tuvieran la intención de inducir a error a la administración a través de la presentación de facturas que no respondían a servicios realmente prestados con la finalidad de obtener su abono, con el consiguiente perjuicio para el erario público. Nos pronunciamos en sentido coincidente al expresado respecto de hechos precedentes en la medida en la que, las comunicaciones internas- anteriormente transcritas- habidas en seno del Instituto, datadas temporalmente en un marco coincidente con las fechas en las que se desarrollaba el proyecto y, como es obvio, situadas en un escenario previo a la incoación de la presente causa y, por lo tanto, en un contexto en el que los representantes del Instituto siquiera podrían prever que resultarían encausados-, impiden advertir que fuera tal ánimo el que presidiera su proceder. Esta circunstancia se desprende de la literalidad de las comunicaciones, a nuestro juicio, suficientemente explícita y, del hecho de que aquéllos instaron de los funcionarios competentes el asesoramiento necesario, tal y como éstos reconocieron en el curso de sus declaraciones. A su vez, corroboradas por la información plenaria facilitada por el Sr. Zorío quien- reproducimos literalmente-, abundando en tal sentido, manifestó: "...En Nóos no tenían ni idea de cómo funcionaba una subvención...". Añadió, que gestionó personalmente una reunión con las Sras. Villalonga y Brusola para que les explicaran cómo presentar las facturas y el soporte documental necesario para poder cobrar. Manifestaciones, al propio tiempo corroboradas por la versión de los hechos que sostuvo la Sra. Villalonga cuando manifestó-refiriéndose a los representantes del Instituto- que "...entendió que no estaban acostumbrados a las subvenciones", conclusión que alcanza tras la reunión habida a la que venimos haciendo referencia.

Por último, y con una finalidad puramente aclaratoria, a la luz del interrogatorio efectuado por el representante del Ministerio Fiscal a la testigo Sra. Villalonga, debemos precisar, a partir del contenido del correo emitido por D. Diego Torres Pérez a D. Marco A. Tejeiro, con fecha 17 de abril de 2006, que la indicación que dirige al Sr. Tejeiro respecto de la confección de facturas pro-forma no tiene por finalidad que aquél, a quien venía encomendada la confección de la facturación

del Instituto, elaborara facturas de tal naturaleza para ser presentadas a la administración para su cobro. Sino que, la instrucción que impartió a su subordinado era que reclamara de los proveedores, con carácter previo a la contratación del servicio, una factura pro-forma para ser mostrada a los funcionarios competentes con la finalidad de que les informaran acerca de su aptitud formal como documento justificativo del pago y, sólo así, procedieran a la contratación del servicio. Interesando de los proveedores, en ese momento posterior, esto es, tras la efectiva contratación del servicio, la emisión de la factura definitiva que sería presentada a la Administración.

Por lo tanto, el contenido de la comunicación documentada a la que venimos haciendo referencia no resulta contradictoria con la información plenaria aportada por la testigo Sra. Villalonga cuando refirió que las facturas rechazadas no tenían la consideración formal de facturas pro-forma. En la medida en la que, tal soporte documental, de acuerdo con la literalidad del texto del correo electrónico, no tenía por finalidad servir de justificación del gasto ni, consecuentemente, se pretendía su presentación ante la administración con tal objeto, siendo, las rechazadas, facturas definitivas. Lo que permite advertir una coincidencia entre este hecho y el contenido de las instrucciones impartidas por D. Diego Torres a D. Marco A. Tejeiro.

Consecuentemente con lo argumentado, la falta de probanza del elemento subjetivo (dolo) del tipo penal postulado (estafa) permite advertir una alternativa razonable a la pretendida por las acusaciones que justificara la ausencia de un soporte documental que sirviera de acreditación del gasto. Esta circunstancia, obliga a la Sala, en una interpretación pro reo del resultado del acopio probatorio practicado, a emitir un pronunciamiento absolutorio respecto de los acusados D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Diego Torres Pérez y D. Marco A. Tejeiro Losada a quienes se atribuía la participación en el hecho, con todos los pronunciamientos favorables.

Respecto de Dña. Ana María Tejeiro Losada, frente a quien, únicamente, la acusación popular representada por el Sindicato Manos Limpias, ejerce tal

pretensión acusatoria, debemos emitir idéntico pronunciamiento absolutorio, si bien construido al amparo de los razonamientos que venimos esgrimiendo a lo largo de la presente sentencia.

TERCERO.- HECHOS RELATIVOS A LA COMUNIDAD DE MADRID. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

El resultado del acopio probatorio practicado respecto de la creación de la Fundación Madrid 16 y de la Sociedad Madrid 16, sus objetivos y finalidades, naturaleza jurídica, procedencia de la dotación fundacional, sobre aportaciones de fondos públicos procedentes del Ayuntamiento de Madrid en forma de subvenciones, justificación del gasto, sometimiento de sus presupuestos a la aprobación del patronato, fiscalización externa mediante auditorías, cargos que ostentaron los distintos intervinientes, sobre la suscripción de un acuerdo marco de colaboración con la FDCIS representada por los Sres. Torres y Urgandarin, precedido de diversos contactos y reuniones, y sobre el abono de la colaboración convenida en la forma de donaciones realizadas con cargo al presupuesto de la Fundación Madrid 16 en favor de la FDCIS por importe de 6000 euros, no resultan controvertidos. Así se desprende de la prueba documental obrante en los folios 12.397 a 12.410 relativa a los estatutos de la Fundación (en particular, el folio 12.399 la define como una fundación privada); en los folios 10 a 15 del Anexo 97 en el que obra el convenio marco de colaboración que fue suscrito entre ambas fundaciones; y, en los folios 16 a 33 del Anexo 97, en el que figuran las facturas emitidas.

Asimismo, la versión de los hechos sostenida por Dña. Mercedes Coghen, consejera delegada de la Sociedad Madrid 16, SA, -participada en su totalidad por la Fundación Madrid 16 y cuya creación fue aprobada en la sesión del patronato celebrada con fecha 13 de noviembre de 2006 (f. 12.397 a 12.410)- y miembro del patronato de la Fundación Madrid 16, resultó corroborada por la información que aportaron los testigos, Sres. Corral Cuadrado, Fernández

Arimany y Sánchez Cordero. Concretamente, los dos primeros testigos, director financiero de la Fundación Madrid 16 y director general de la Sociedad Madrid 16, respectivamente, coincidieron en el relato de hechos sostenido por la acusada relativo a la gestación de la colaboración con la FDCIS, las reuniones habidas entre las partes y en la circunstancia de que la forma jurídica que fue utilizada para materializar la colaboración no fue decidida por aquélla, relatando ambos testigos que la decisión al respecto fue adoptada por D. Miguel de la Villa Polo (no obstante reconocer el Sr. Corral Cuadrado haber revisado el modelo de convenio que les fue remitido desde la FDCIS (Bloque documental 1º, Anexo 2, folio 887. Folios 42.279 y 42.304). También resultó coincidente en lo atinente a la concreta colaboración acordada, relacionada con la realización de tareas de Lobby con los miembros del COI a quienes correspondía decidir la designación de la ciudad que acogería las sede de los juegos, significando todos ellos que las concretas circunstancias concurrentes en D. Ignacio Urdangarin, a quien se atribuyó esta concreta función, como deportista de élite, miembro del COE, y por su vinculación con la Casa Real, permitiría establecer contactos a altísimo nivel en favor de la candidatura de Madrid (incidiendo en tal sentido D. Alberto Ruíz Gallardón cuando afirmó que se solicitó la colaboración de otras tantas distinguidas personalidades con la finalidad de procurar un desenlace favorable para la candidatura). Asimismo coincidieron en señalar que la colaboración acordada se centraría también en la determinación del mensaje de la candidatura.

Confirman ambos testigos que la actividad que ocupaba a Dña. Mercedes Coghén estaba centrada en la promoción de la candidatura, sin que a ella correspondieran tareas de naturaleza administrativa. También confirman que la actividad que a ella concernía la obligaba a viajar con frecuencia, delegando en el Sr. Fernández Arimany la gestión ordinaria de la Sociedad. Así como que, se asesoró respecto de la determinación de la cuantía que se abonaría a la fundación, con ocasión de la colaboración acordada, por estimar excesiva la inicialmente solicitada por los representantes de la FDCIS que, todos ellos sitúan en una horquilla de entre 10.000 y 15.000 euros. Convergen en manifestar que, finalmente, la cantidad en la que se cifró el precio de la colaboración fue de 6000

euros, siendo el criterio para la determinación de tal cuantía el precio habitual de mercado que se satisfacía por la realización de las acciones de colaboración como las convenidas.

Los Sres. Corral Cuadrado y Fernández Arimany coinciden en manifestar que las acciones convenidas resultaron efectivamente realizadas por la FDCIS (así resulta de las comunicaciones escritas mantenidas con diversos miembros del COI como Julio César Maglione, Iván Dibos o Anita DeFrantz (f. 11.399 a 11.401), Newsletters (f. 12.446 a 12.451), publicaciones (f. 11.341, 12.492. 42.234), dossier de la candidatura (f. 11.994, 11.996 y 11.997), sesión en Club de Campo de Madrid (f. 42.322, 42.324, 42.718, 11.360. f. 83 a 119. Anexo 97).Y, en el hecho de que los representantes de la FDCIS reportaron a la Fundación Madrid 16 los resultados de las acciones llevadas a cabo. Finalmente, todos ellos convergen en señalar que justificaban el gasto de las partidas que, con cargo a la ley de subvenciones, recibían del Ayuntamiento de Madrid.

También relatan de forma coincidente con la información aportada por la Sra. Sánchez Cordero, asesora jurídica del Ayuntamiento de Madrid y, por D. Alberto Ruíz Gallardón, entonces alcalde de la capital, que hasta el año 2008, -fecha en la que la Intervención del Ayuntamiento de Madrid informó de la sujeción de la fundación a las normas de contratación pública, con ocasión de la modificación legislativa operada por la reforma de la Ley de Contratación Pública habida en el año 2007-, la fundación operaba con sujeción al derecho privado, motivo por el que no sometieron el acuerdo de colaboración a dicha normativa. Del mismo modo, añadieron todos ellos, que los criterios de designación de los cargos correspondientes a la Sociedad Madrid 16 no se sujetaron a concurso público. Afirmando en tal sentido el Sr. Ruíz Gallardón, que atendió a criterios de excelencia para la designación de las personas que los ocuparían.

La divergencia entre las partes se centra en la sujeción de la fundación a las normas de la contratación pública. Mientras las acusaciones sostienen que debió haberse tramitado el correspondiente expediente en el que se justificara la necesidad de la colaboración, del gasto y se cumpliera con los principios de

publicidad, objetividad y concurrencia. Las defensas sostienen que se trataba de una fundación privada sujeta a la normativa de fundaciones de 1998 y por lo tanto, en la medida en la que el convenio se suscribe con anterioridad a la reforma legislativa operada en el año 2007, en vigor en el año 2008, no resultaban de aplicación tales principios sobre contratación pública.

Sobre el particular, debemos anticipar, en lo concerniente al iter normativo sucesivamente modificado, que la sujeción de las fundaciones privadas a las normas de contratación pública (cuando concurren los requisitos y presupuestos contemplados en la norma) resultaría, en su caso, y sin perjuicio de las consideraciones que más adelante expondremos, de la Ley de Presupuestos del Estado 42/2006, de 28 de diciembre, cuya Disposición Adicional 1ª, en vigor desde el 1.1.2007, reza así:

1. Las entidades de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto, siempre que tales entidades hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior”.

Disposición Adicional Sexta: “Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, o cuyo 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 mismas, se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Quiere decirse que tal sujeción, de producirse, resultaría ser previa a la reforma operada por la Ley 30/2007, en vigor desde el 30.4.2008 y, en su consecuencia, operaría con anterioridad a que la intervención del Ayuntamiento de Madrid, comunicara tal extremo a los gestores de la Fundación Madrid 16. Siendo obvio que en la fecha en la que se suscribe el convenio marco de colaboración (7.10.2007), dicha modificación legislativa se hallaba en vigor (1.1.2007).

En lo concerniente a la naturaleza jurídica de la Fundación Madrid 16, resulta discutible que las funciones atribuidas a la fundación en sus estatutos resulten incardinables en el catálogo de servicios públicos locales a los que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local, sin perjuicio de que su desarrollo pudiera resultar conveniente al interés público.

En otro orden de cuestiones advertimos que la fundación no resulta incardinable en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 1.2 TRLCAP por cuanto no es un organismo autónomo, ni una entidad de derecho público, sino una fundación privada, aún constituida por el Ayuntamiento de Madrid.

En cuanto a su subsunción en el art. 2 TRLCAP, de producirse, supondría que la Fundación quedaría sujeta a las prescripciones contenidas en la norma relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación. En tal sentido, anticipamos que la Fundación carece de la consideración de Administración Pública. Como hemos venido sosteniendo a lo largo de la presente resolución, para estimar concurrente la figura que, en derecho comunitario ha venido en denominarse “poder adjudicador”, con indiferencia de que el ente revista forma pública o privada, resulta necesario que su función tienda a la satisfacción de necesidades de interés general, que no

tengan carácter industrial o mercantil, que sean susceptibles de ser sujetos de derechos y obligaciones y que dispongan de una efectiva dependencia de una administración pública. En tal sentido, analizado el objeto de la fundación, resulta discutible que responda a la gestión directa de los servicios públicos atribuidos por la Ley de Régimen Local al Ayuntamiento de Madrid y que sus actividades puedan integrarse en el concepto de servicio público.

Los entes locales tienen potestad para constituir sociedades mercantiles o, personas jurídico-privadas, para la realización de actividades de carácter económico, siempre que la actividad empresarial disponga de un marco interés público, y no se trate personificaciones cuyo objeto aparezca indefinido.

Descendiendo al análisis de los estatutos de la fundación, advertimos que su objeto es preciso y determinado en la medida en la que viene constituido por la elaboración y presentación de la propuesta de candidatura de Madrid para los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de Verano, siendo la actividad que debe desarrollar la fundación, al amparo del artículo 7 de sus estatutos, la consistente en la promoción y difusión de la propuesta de la candidatura, y la gestión de todas las actuaciones a ella vinculadas. Por lo tanto, parece no adverarse que estemos en presencia de una actividad consistente en la realización de prestaciones a los ciudadanos, sino tendente a la promoción de una candidatura para obtener la designación de la ciudad como sede olímpica. Asimismo se trata de una entidad sin ánimo de lucro, cuya base de gestión se basa en los criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, no habiéndose previsto en sus estatutos ningún mecanismo de compensación de pérdidas financieras, de tal modo que, sólo ella soporta el riesgo económico derivado del ejercicio de su actividad.

En definitiva, aún cuanto la actividad que constituye el objeto de la fundación encierra una cierta vinculación con el interés general si se toman en consideración los beneficios que para la sociedad pudieran haber resultado de la designación de la capital como sede olímpica, debemos significar, que los intereses públicos a los que debe servir un Ayuntamiento no vienen presididos por la consecución de la designación de la ciudad a cuyos intereses sirven, como

sede olímpica. Sino que los servicios y actuaciones legalmente atribuidas vienen definidos como verdaderos derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, no se advierte la concurrencia de los tres requisitos que cumulativamente se exigen para considerar a la fundación como poder adjudicador en la medida en la que su actividad tiene claras connotaciones económicas de naturaleza industrial o mercantil, alejadas del núcleo de la función pública. En este sentido, resulta de interés la STJCE de 10 de mayo de 2001 que, tras analizar una cuestión prejudicial encaminada a determinar si un ente autónomo constituía poder adjudicador al amparo del artículo 1, letra b) de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de Junio, concluyó en atención al objeto del ente (desarrollo de actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares), a la ausencia de ánimo de lucro, cuya gestión vendría determinada por criterios de rendimiento, eficacia y competitividad y, a la circunstancia de que operaría en un entorno competitivo, que no puede ser considerado un organismo de derecho público en el sentido del art. 1, letra b de la precitada Directiva. Criterios que, pudieran ser trasladados a la Fundación Madrid 16 en atención a las características que la conforman.

Por otra parte, y aún cuando se sostuviera que la fundación se halla incluida en el ámbito subjetivo de la norma por considerar que su actividad no es industrial o mercantil, llegaríamos a la misma conclusión respecto de la inaplicabilidad del art. 2 TRLCAP por cuanto, el importe de las cantidades abonadas a la FDCIS en los ejercicios 2007, 2008 y 2009 está muy alejada (114.000 euros) de la cantidad de 211.000 euros que exige el artículo 2 para la aplicación de las prescripciones contenidas en la norma.

Resulta, de lo expuesto hasta el momento que, si la Fundación no se encuadra en los supuestos contemplados en los artículos 1 y 2 del TRLCAP, se hallaría sujeta a lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta, en la redacción nacida de la reforma operada en 2006 y, en tal sentido, únicamente debería ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, con la salvedad de que la naturaleza de la operación a realizar resulte incompatible con

tales principios.

Descendiendo a continuación al análisis de la naturaleza jurídica del convenio marco de colaboración suscrito entre ambas fundaciones, la genericidad de sus estipulaciones ("Aunar esfuerzos y recursos", "Impulsar la utilización del deporte como herramienta de integración social", "creación de un futuro sostenible", "generar sinergias institucionales", "generar la colaboración mutua"), impide advertir que de él nazcan obligaciones para los firmantes en la medida en la que no consta estipulado un precio cierto ni se contemplan mecanismos de mutuo compelimiento al cumplimiento de los compromisos u obligaciones adquiridos. En síntesis, no se reconoce en el precitado convenio marco, ninguna de las notas características de la contratación administrativa.

Asimismo, no resultan de la aplicación a la Fundación las precripciones contenidas en los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, en la medida en la que no forma parte de las denominadas fundaciones del sector público. En tal sentido, la ley 1/1998, de 2 de marzo de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, las configura como personas jurídico-privadas, sometidas al derecho privado y cuyos fondos no son total o mayoritariamente públicos. Este hecho motivaría la ausencia de sujeción a los controles presupuestarios y contables propios de la administración (en tal sentido, los artículos 162 de la Ley de Hacienda Locales y la sujeción al régimen de contabilidad pública previsto en el art. 200 LHL).

Es más, no es descartable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1/1998, la existencia de una incomunicabilidad entre el patrimonio del Ayuntamiento y el propio de la Fundación Madrid 16, de tal modo que, las subvenciones, aportaciones o dotaciones realizadas con posterioridad a su constitución no se convierten en fondos públicos. Ni que las rentas y patrimonio adquiridos por la fundación, distintos de la dotación inicial, tuvieran el carácter de rentas, frutos o patrimonio privado, con la salvedad de que algunas de sus partidas, tuviera naturaleza de subvención afecta a la consecución de una determinada actividad. Todo ello, podría inferirse del contenido del artículo 35 de

sus estatutos que contempla la independencia económica y presupuestaria del Ayuntamiento de Madrid y, del contenido del art. 36 que prevé que el patrimonio de la fundación se halla afecto de forma inmediata y directa al cumplimiento de sus fines, atribuyéndose al patronato su disposición y administración.

Por otra parte, tampoco puede descartarse que las cantidades transferidas desde la Fundación Madrid 16 a la FDCIS durante los ejercicios 2007 a 2009 tuvieran la consideración de donación para el impulso de los compromisos descritos en el convenio marco de colaboración y no, de contraprestación propia de un contrato de servicios. Ello, en la medida en la que pudiera tratarse de una disposición gratuita de fondos propios en favor de otra persona jurídica que los acepta, si bien sujeta al cumplimiento de determinados fines dirigidos a influir en la promoción de la candidatura de la ciudad de Madrid, que no presentaría, por los argumentos expuestos, una contravención palmaria y grosera de la legalidad aplicable por cuanto, tal interpretación alternativa frente a la sostenida por las acusaciones, no resulta ilógica o irracional a la luz de la naturaleza jurídica de la fundación aquí analizada.

Finalizamos nuestro análisis, advirtiéndolo, que la excepción a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia que contempla la Disposición Adicional Sexta, concernida al hecho de que la operación a realizar resulte incompatible con tales principios, ha venido conceptuándose en el ámbito administrativo como un concepto jurídico indeterminado y no de habilitación discrecional. La adopción de tal decisión debe cumplir con las exigencias de motivación suficiente de las circunstancias concurrentes que justificarían su aplicación, en la medida en la que tal cláusula conlleva la no aplicación del principio de libre concurrencia y, habilita la contratación directa. Y, en el presente supuesto, este extremo no puede desmercerse en la medida en la que uno de los activos indiscutibles de la FDCIS era su accesibilidad a los miembros del COI, a quienes, por mor de la normativa olímpica, tenían vetado el acceso los promotores de la candidatura. Cualidad que posibilitaría el desplazamiento de los principios de publicidad y concurrencia si se concluyera que se trata de una actividad "intuitu personae", respecto de la que resulte conceptualmente dificultoso sostener que pueda ser

sometida a una oferta pública a la que concurrieran una generalidad de personas físicas o jurídicas.

En otro orden de cuestiones, advertimos, de acuerdo con una interpretación de la norma al amparo de realidad preexistente al tiempo de celebrarse el convenio que, la acusada quien, en todo momento, solicitó de sus colaboradores el oportuno asesoramiento, no pudo tener conciencia de que tal contratación se apartara de la legalidad vigente. En tal sentido, debemos significar que todos los testigos que intervinieron de un modo u otro en la contratación se hallaban en el convencimiento de que la Fundación Madrid 16 se encontraba sujeta a las normas de derecho privado, a las que venían sometiéndose (folios 17.217 a 17.351). Siendo éste, el mismo criterio asumido por la asesora jurídica del Ayuntamiento de Madrid, tal y como resulta de la información que aquélla proporcionó en el plenario. Es decir, todos ellos asumieron como una realidad que la sumisión de la fundación a las normas de contratación administrativa no se produjo hasta abril de 2008. Tal afirmación, como venimos argumentando, resulta asimismo confirmada a partir de la secuencia de modificaciones legislativas a las que se ha visto sujeta la normativa de contratación administrativa cuya falta de claridad obligó, ante las dificultades interpretativas existentes, a incluir de forma expresa a las fundaciones privadas.

En su consecuencia, Dña. Mercedes Coghén no pudo desplegar mayor diligencia que la observada. De su proceder no puede inferirse que tuviera conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Ni, consecuentemente con ello, que actuara con conciencia y voluntad de orillar la legalidad, si se toma en consideración el hecho de que el cometido que desempeñaba era ajeno a las tareas relacionadas con la contratación o con la dirección financiera, encomendadas a otras personas a quienes consultaba los aspectos de la contratación relacionados con sus respectivas competencias. Y, en modo alguno, pudo colegirse de su actuar una voluntad expresa de beneficiar a la FDCIS en la medida en la que, como ha resultado acreditado, y tendremos ocasión de argumentar con mayor extensión a continuación, se ajustó a los criterios de mercado para fijar el importe de la contraprestación que, en forma de donación,

recibió la FDCIS, rechazando satisfacer por excesivas las cantidades inicialmente demandadas.

No consideramos acreditado que el convenio marco suscrito fuera confeccionado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente. No puede descartarse como alternativa más favorable a la acusada que el pago efectuado en forma de donación a la FDCIS por las acciones realizadas respondiera al modo habitual de colaboración entre fundaciones, asumido ordinariamente por la precitada entidad en su relación con otras análogas, en la medida en la que articulaba su contratación con sujeción al derecho privado. Siendo un elemento corroborador de tal circunstancia el hecho de que conste en su contabilidad una partida identificada con la mención "colaboración con otras fundaciones, asociaciones...".

Por otra parte, como anticipábamos en apartados precedentes, de la valoración conjunta del acopio documental y de las declaraciones testificales practicadas se desprende que las acciones que constituyeron el objeto de colaboración fueron realmente prestadas y su coste, no consta acreditado que resultara determinado en una cantidad que superara el precio de mercado. Antes bien, la testifical practicada permite advertir que se descartó abonar la cantidad inicialmente demandada por estimarse excesiva, siendo rebajada al precio habitual que se satisfacía por la realización de acciones como las convenidas. Por otra parte, resulta de la documental obrante en los folios 12.443 y 12.444 que las cantidades satisfechas fueron contabilizadas, infiriéndose de tal circunstancia que la fundación justificó el destino de las cantidades recibidas.

Por lo que respecta al delito de falsedad en documento mercantil asentado en la facturación cruzada entre las distintas entidades del Grupo Nóos, a las que se atribuye la consideración de instrumento del desvío y ocultación de fondos públicos por cuanto se interpreta que no responden a servicios realmente prestados, nos remitimos a los argumentos ya vertidos en apartados precedentes con ocasión del análisis del acopio documental obrante en la causa relacionado con el resultado de la prueba personal practicada del que no se advierte de

forma clara y terminante que la facturación intragrupo no respondiera a la prestación real y efectiva de servicios. Si se atiende además, que en el concreto caso que nos ocupa, los testigos reconocieron el asesoramiento prestado por D. Isidre Rigau y su colaboración en la elaboración del dossier de la candidatura y la intervención de D. Mario Sorribas en el proyecto, circunstancia esta última que también resulta de los correos que fueron debidamente introducidos en el curso del plenario. Sin perjuicio, reiteramos, de lo que resulte del análisis del acopio probatorio relacionado con los delitos contra la hacienda pública que constituyen objeto de acusación.

En virtud de los argumentos expuestos, procede acordar la absolución de los acusados, con todos los pronunciamientos favorables.

Respecto de Dña. Ana María Tejeiro Losada, frente a quien, únicamente, la acusación popular representada por el Sindicato Manos Limpias, ejerce tal pretensión acusatoria, debemos emitir idéntico pronunciamiento absolutorio, si bien construido al amparo de los razonamientos que venimos esgrimiendo a lo largo de la presente sentencia.

CUARTO.- HECHOS RELACIONADOS CON LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. CALIFICACIÓN JURÍDICA.

4.1 Con la finalidad de centrar la concreta intervención de los funcionarios de la AEAT en el seno de la presente causa, resulta necesario, con carácter previo, establecer una serie de precisiones. Para ello, debemos abordar inicialmente el examen del informe emitido en fecha 31 de mayo de 2013 obrante en los folios 17017 a 17033. En este informe, en idéntico sentido al expresado en el informe evacuado por el servicio jurídico de la AEAT de fecha 17.1.2013 (f. 11041 y siguientes), se clarifica que la Delegación Especial de la AEAT ha actuado:

-Por un lado, desarrollando actuaciones administrativas de comprobación e inspección que quedaron suspendidas en Enero de 2013 con ocasión de la adveración- a juicio de los funcionarios actuantes- de indicios de un presunto

delito contra la hacienda pública en la persona de D. Ignacio Urdangarin Liebaert. Respecto del resto de obligados tributarios-concreta el mismo informe-, no era posible practicar la correspondiente liquidación en la medida en la que no había podido ser determinado si los verdaderos obligados tributarios eran las personas físicas y/o jurídicas, cuál era el monto total de las ganancias obtenidas y si éstas tenían carácter lícito o no. Circunstancias que, únicamente podían clarificarse y determinarse, en el seno de la investigación judicial en curso.

En su virtud y, al amparo del artículo 103 d) del reglamento de Aplicación de los Tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de Julio que impone la suspensión del procedimiento administrativo en los casos en los que "la determinación o imputación de la obligación tributaria dependa directamente de actuaciones judiciales en el ámbito penal, por el tiempo en el que se tenga conocimiento de la existencia de dichas actuaciones y se deje constancia de este hecho en el expediente o desde que se remita el expediente a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, hasta que se conozca la resolución por el órgano competente para continuar el procedimiento", se interesó de la autoridad judicial un pronunciamiento expreso en tal sentido.

Concluimos, en consecuencia, que el informe de fecha 14.1.2013 emitido por la Jefa del Equipo Nº 39, recogía conclusiones provisionales obtenidas de los procedimientos administrativos de comprobación e inspección que quedaron finalmente en suspenso en tanto no se pusiera fin al proceso penal. Tal decisión suspensiva se acordó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180.1 LGT que establece que el procedimiento administrativo quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones.

-Por otro, y como consecuencia de lo anterior, la intervención del servicio de inspección, a partir de la suspensión del procedimiento administrativo y, al amparo de lo previsto en el artículo 17.1 LOPJ, lo fue en la consideración de Auxilio Judicial. Tales extremos fueron reiterados por los peritos intervinientes en las actuaciones NUMA 51.593, 20.251 y 14.928 en el curso de la pericia

practicada en sede plenaria.

Quiere decirse, como corolario a lo anterior, que la perito NUMA 51.593, en calidad de Inspectora Jefe del Equipo Nº 39, evacuó el informe de fecha 14.1.2013 en sede del procedimiento administrativo de comprobación e inspección y, una vez suspendida la tramitación de aquél, como consecuencia de las circunstancias que venimos detallando, los peritos NUMA 20.251 y 14.928, pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado, con destino en la Delegación Especial de Cataluña, fueron designados en fecha 6 de junio de 2012 por la Dirección General de la Agencia Tributaria, para desempeñar funciones de auxilio judicial en sede del procedimiento penal. Ambos peritos emitieron tres informes, fechados el 18.6.2013, denominados informes de avance nº 2, 3 y 4.

4.2 Centrado lo anterior, debemos significar que en el informe emitido por la NUMA 51.593, fechado el 14.1.2013, aún con los visos de provisionalidad que, la propia perito apunta, se advierten indicios de criminalidad en la persona de D. Ignacio Urdangarin Liebaert como presunto autor de un delito contra la hacienda pública, con relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a los ejercicios 2007 y 2008 y, contra la Asociación Instituto Nóos, respecto del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio de 2007. A este respecto debemos reseñar que el servicio jurídico de la AEAT en su informe de fecha 17 de Enero de 2013, manifiesta compartir el criterio de la inspección para formular denuncia contra la persona de D. Ignacio Urdangarin Liebaert y contra la Asociación Instituto Nóos, en los términos anteriormente aludidos. Es más, el informe elaborado por el servicio jurídico se basa en el informe de 14.1.2013 que se adjunta. Criterios asimismo compartidos por los peritos que integrarían el Auxilio Judicial en sus informes de avance nº 2, 3 y 4.

Con una mera finalidad aclaratoria- a propósito de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y de las eventuales contradicciones que se afirman advertidas respecto de las distintas pericias practicadas- debemos precisar que, el informe de fecha 14.1.2013, se limita a manifestar que determinadas

retribuciones que algunas entidades satisfacían a D. Ignacio Urdangarin como miembro de su consejo de administración o consejo asesor tenían la condición jurídica de renta de D. Ignacio Urdangarin a integrar en su IRPF, pues habían sido devengados por su actividad profesional. Y que tales rendimientos no podían considerarse ingresos de Aizoon por el sólo hecho de que D. Ignacio Urdangarin hubiera presentado una factura emitida por la precitada mercantil para que las retribuciones devengadas por su trabajo figuraran como generadas por Aizoon, indicándose expresamente que la precitada mercantil percibía otras rentas distintas de las que se consideraban propias de D. Ignacio Urdangarin.

Asimismo constatamos que el indicado informe se limita a determinar quién es el verdadero receptor de la renta, sin que para la realización de tal operación se hiciera uso de la técnica del "levantamiento del velo societario" ni, consecuentemente, se destruyera de forma figurada la personalidad jurídica de la sociedad, limitándose a imputar la renta a quien se consideró que realmente la había generado con su actividad. En otro orden de cuestiones, la destrucción de la personalidad jurídica por aplicación de la precitada doctrina no tendría por efecto la atribución de los rendimientos a todos los socios, sino a aquél o a aquéllos que los hubieran generado lícita o ilícitamente. Sin que, en el momento en el que se emite tal informe, resultara posible la atribución de rentas derivadas de actividades presuntamente ilícitas en la medida en la que se hallaban pendientes de ser practicadas distintas diligencias instructoras. En cualquier caso, la constatación de tal circunstancia exigiría del mismo modo determinar quién es el receptor de tales rentas y, de concluirse la ausencia de participación en su obtención del resto de los socios de la mercantil, la única consecuencia que provocaría tal imputación de rentas sería el incremento de la cuantía defraudada por la persona física que resultara ser el verdadero receptor de las mismas.

Aún cuando la técnica del levantamiento del velo societario no estuviera contemplada en la normativa tributaria como técnica ordinaria de inspección y comprobación de los hechos imposables efectuada por la inspección de tributos por existir en la normativa tributaria mecanismos específicos para determinar el verdadero receptor de una renta (la figura jurídica de la "simulación" o la técnica

de las presunciones del art. 108.2 LGT), nada obsta a considerar que, de uno u otro modo, lo relevante es determinar quién es el verdadero perceptor de la renta. Y, en tal sentido, el citado informe realiza tal determinación hasta donde el resultado del acopio recogido durante la investigación, permite. Conclusiones, que resultaron ser coincidentes con las alcanzadas por los peritos que asumieron funciones de auxilio judicial.

4.3 Determinada la concreta intervención de los funcionarios de la AEAT debemos comenzar por despejar la virtualidad probatoria que la jurisprudencia viene otorgando a las pericias practicadas por aquéllos. Tal cuestión ha sido abordada en la STS 31/2012, de 19 de Enero cuando dispuso que no podía prosperar la queja relativa a la falta de virtualidad probatoria de los informes de la AEAT y por lo tanto su validez como prueba de cargo para enervar el principio de presunción de inocencia. En tal sentido, afirma: "No se puede negar que los informes elaborados por los funcionarios de la AEAT y su declaración en el acto de juicio oral tienen el carácter de prueba legítimamente obtenida y practicada, y puede ser valorada". La referida sentencia, concluye del modo expuesto, remitiéndose a lo declarado por la STC 147/2009, que desestimó la queja relativa a la falta de virtualidad probatoria de los informes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y, afirmó su validez como prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia.

4.4 Centrado lo anterior y, descendiendo al análisis de las precitadas pericias cohonestadas con el resultado del acopio probatorio practicado, conjuntamente valorado, consideramos- tal y como venimos argumentando a lo largo de la presente sentencia- que, si bien determinados indicios considerados por los funcionarios de la AEAT como justificativos de la falsedad de la facturación y en los que se asienta la consideración de que los servicios que reflejan las facturas cruzadas entre las mercantiles del grupo no responden a prestaciones efectivamente ejecutadas, han resultado desvirtuados por otras pruebas, bien porque se ha acreditado la realidad del servicio o, bien, porque se ha ofrecido una explicación alternativa razonable que no ha permitido descartar su realidad.

Sí advertimos que las operaciones contratadas eran realizadas por las personas individuales (Sres. Torres y Urdangarin), no obstante hacer uso en cada una de las contrataciones de una personalidad jurídica diferente, respecto de las que ostentaban el dominio absoluto y efectivo. Sin que, los demás socios, participaran en la toma de decisiones estratégicas, en la presentación y venta de proyectos a terceros clientes ni en la determinación del importe y de la mercantil que debía facturar.

Abundando en ello, no obstante reiterar que la prueba plenaria no ha permitido a la Sala alcanzar la convicción de la absoluta falta de actividad de las mercantiles analizadas. Por cuanto que, por un lado, junto a la existencia de trabajadores ficticios, hubo otros que disponían de cualificación profesional acreditada, cuya intervención en los distintos proyectos resulta probada. Y, por otro, porque no puede ser asumido por la Sala como un hecho cierto que la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada careciera absolutamente de vida interna, quedando limitada su actividad a la celebración de juntas para la renovación de cargos (en tal sentido, veáse el contenido de los folios 35.632 a 35.660 (creación del Comité Científico y Conference Boards en los que se integraron, entre otros, conocidos expertos como Ezquiel Reficco, Jafar Jafari, Kimio Kase o Michel Fiol); realización de investigaciones relacionadas con el patrocinio de actividades deportivas (Investigación sobre el Patrocinio entre Grandes Empresas Españolas, El Papel del Alineamiento Estratégico del Patrocinio: El sector de la automoción en España, Los Grupos de Interés en los Grandes Eventos Deportivos, Análisis de la Literatura Científica sobre Patrocinio y Estrategia); realización de proyectos para empresas y organizaciones (Grupo Roig, Volkswagen, BBVA, SGAE, ESADE, Abertis); publicaciones (Patrocinio visto por sus principales protagonistas, El Compromiso con los Stakeholders: manual para la práctica de relaciones con los grupos de interés, Volkswagen Sailing Experience, La necesaria implicación de la ciudad para el éxito de un gran evento deportivo, New Trends in Management of Major Sport Events for Development of cities-selected readings, entre otros)); congresos; programas de formación. Sí advertimos (como resulta de la declaración prestada por los clientes (responsables políticos y mercantiles privadas)) que los negocios jurídicos se celebraban por la garantía y confianza

que resultaban inherentes a la presencia de D. Ignacio Urdangarin. Esto es, aún cuando facturaban a través de las mercantiles de su propiedad, los servicios los prestaban las personas físicas individuales, a quienes se contrataba de forma efectiva, no obstante constatarse la colaboración de otros profesionales en los proyectos. De tal modo que, los verdaderos perceptores de los rendimientos eran las personas físicas y no las mercantiles que los facturaban y, consecuentemente con todo ello, los rendimientos obtenidos se deben imputar a Diego Torres y a Ignacio Urdangarin.

Por lo que respecta al reparto de beneficios correspondiente a los ejercicios 2004-2005 -que se extiende a todo el período en el que D. Ignacio Urdangarin se mantiene como presidente de Nóos-, estimamos que se corresponde, aproximadamente a 1/3 parte del total de los ingresos obtenidos, que se reparte al 50% entre D. Ignacio Urdangarin (a través de Aizoon, SL) y D. Diego Torres (a través de sus sociedades). En tal sentido, la suma total de ingresos que se atribuyen al Sr. Torres correspondiente a tales ejercicios (2004 y 2005) asciende a 838.566,60 euros y a D. Ignacio Urdangarin, por el mismo período, a la suma total de 837.683,42 euros.

En cuanto a los ejercicios 2006, 2007 y 2008, debe indicarse que cuando D. Ignacio Urdangarin abandona formalmente el Instituto Nóos con fecha 20 de marzo de 2006, junto con su esposa, Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia y D. Carlos García Revenga. Y, posteriormente (julio de 2007) la mercantil NCE, SL, mediante la transmisión de sus participaciones a Dña. Ana María Tejeiro, se sustituye el criterio de facturación, repartiéndose los socios la cartera de clientes. A D. Ignacio Urdangarin se le asignan determinados clientes privados de Nóos y recibe la alícuota de sus honorarios a través de dietas de consejos de administración o de consejos asesores y, también directamente como persona física. Por su parte, D. Diego Torres se queda con el beneficio de las actividades convenidas con entes públicos y con aquellos privados que permanecieron en la cartera de Nóos.

Los clientes inicialmente asignados a D. Ignacio Urdangarin son Motorpress

Ibérica y Telefónica, que eran previamente clientes de las entidades Nóos en los ejercicios 2005 y 2006. A tal efecto, D. Ignacio Urdangarin recibe de Aizoon la cantidad de 105.175 euros de Motorpress Ibérica, cifra, que sumada a los 75.125 euros que Motorpress Ibérica satisfizo a NCE, SL, coincide exactamente con la cantidad de 180.000 euros que NCE había percibido en el ejercicio 2005 de tal cliente. De Telefónica, cobra la cantidad de 116.666,66 euros, con una retención de 40.833,33 euros, esto es, 75.833,33 euros. Dicho importe, sumado a la cantidad de 122.000 euros percibidos de la propia Telefónica por las entidades Nóos, suman la cantidad de 197.833,33 euros, casi coincidente con los 200.000 euros que NCE, SL había facturado en el ejercicio 2005 a Telefónica. Al mismo tiempo Aizoon deja de facturar a las entidades Nóos. A este respecto, las últimas facturas que Aizoon giró por importes de 150.000 euros y 105.000 euros datan de fecha 5 de diciembre de 2005. Todo ello, sin perjuicio de que Aizoon, SL cobró de NCE, SL la cantidad de 16.050 euros en el ejercicio 2006 y que fue obteniendo ingresos de nuevos clientes como Mixta África, Seelinger & Conde, Havas Sport o Altadis (F. 19318).

Hasta el ejercicio 2008, D. Ignacio Urdangarin sigue interviniendo activamente en favor de los proyectos en curso de Nóos (Valencia Summit, IBF) y, en el diseño y venta de los proyectos y eventos nuevos como los generados por la FDCIS. Desde visitas y reuniones a potenciales clientes hasta con la reclamación del pago de facturas pendientes.

Ambos socios no rompen sus relaciones hasta el mes de Julio de 2008. Tal aseveración halla acomodo probatorio en el contenido de un correo electrónico de fecha 1.10.2007 en el que el Sr. Urdangarin le pregunta al Sr. Torres, entre otros temas, por el proyecto JJEE. Y, fundamentalmente, en otro correo de fecha 21.7.2008 de Diego Torres a Marco A. Tejeiro que versa sobre el reparto de beneficios de proyectos compartidos con Ignacio Urdagarin (Lanzarote, Aguas de Valencia, Pernod Ricard y Juegos Juventud (f. 19318 a 19320)).

Con relación a la FDCIS, debemos significar que, constituída en fecha 13.12.2006, trae causa de otra fundación anterior, denominada Fundación Areté.

Esta Fundación nace en fecha 2 de mayo de 2006 y fue disuelta con fecha 7 de mayo de 2007 por D. José Manuel Romero Moreno -Conde de Fontao- y asesor jurídico de la Casa de S.M. el Rey, siendo sustituida por la FDCIS, constituída con una dotación de 30.000 euros que aporta D. Joaquín Boixareu Antolí, amigo de D. Ignacio Urdangarin, a quien éste le pide que sea el fundador de la misma para ocultar la presencia del entonces Duque de Palma, en atención a la indicaciones efectuadas por la Casa de S.M. el Rey respecto del abandono de tal actividad privada. Con la salvedad de tal aportación dineraria que debía servir a la finalidad antedicha y que le fue devuelta mediante dos facturas que el Sr. Boixareu emitió contra el Instituto Nóos, con el que nunca tuvo ninguna relación, se determinó que Diego Torres ocuparía el cargo de director general de la Fundación e Ignacio Urdangarin el de presidente del Consejo Asesor.

Los hechos anteriormente descritos resultan acreditados a partir del resultado de la prueba documental y personal practicada en el plenario (testifical del Sr. Boixareu). En tal sentido, debemos señalar que la participación activa del Sr. Urdangarin en las actividades del grupo y la constatación de que el abandono de la actividad resultó ser meramente formal, se desprende del correo electrónico obrante en el folio 11.298 que Mario Sorribas remite el 20 de diciembre de 2006 a Diego Torres y a Ignacio Urdangarin, con copia a Maite Zazo en el que puede leerse: ... "Adjunto propuesta para que Iñaki pueda explicar su implicación en la fundación en un momento dado. Por favor, Iñaki, dime si la slide 22 te parece suficientemente suavizada o si todavía "chirría"". Este correo debe cohonestarse con el contenido de un power point que obra unido a la causa integrando el acopio probatorio documental, que responde a la denominación "Argumentario", a diversos correos electrónicos (folios 11320, 11402, 11508, 11510 y 11641), a documentos manuscritos obrantes en el anexo 54, documento 55, páginas 185 y siguientes, relativos a las tareas encomendadas a D. Ignacio Urdangarin, a una factura obrante en el Anexo 54, documento 52, folio 72, emitida por Europa Travel relativa a unos billetes de avión con destino Madrid de fecha 23 de Julio de 2007 para Ignacio Urdangarin, Diego Torres, Antonio Ballabriga y Mario Sorribas. Y, finalmente, a una carta obrante en el documento 40 del Anexo 54 dirigida a Ignacio Urdangarin en su calidad de presidente del Consejo Asesor de

la FDCIS de fecha 11.6.2008 remitida a la dirección correspondiente al Trade Center de San Cugat (una de las oficinas ocupadas por el grupo Nóos), documentos todos ellos de los que resulta la acreditación plena de la participación de D. Ignacio Urdangarin en tales actividades, situadas todas ellas temporalmente con posterioridad al 20 de marzo de 2006.

Resulta asimismo acreditado que se aplicaron indebidamente deducciones relacionadas con el principio de libertad de amortización previsto en el art. 109 TRLIS (f. 19325 a 19345). Concluimos, a partir del resultado del acopio probatorio practicado que figuran como empleados de Aizoon, SL los trabajadores del servicio doméstico del matrimonio Urdangarin-Borbón (Lucian y Monalisa Nonosel, Elsa María Sánchez Cunalata y Elisabeth Weigert), los trabajadores del servicio doméstico de Dña. Julita Cuquerella, secretaria personal de D. Ignacio Urdangarin (Josefa Garrido Díaz, Yolanda Yeste López y Susana Yeste López) y los trabajadores del servicio doméstico del matrimonio Torres-Tejeiro (Byron y Patricia Ante Arboleda). Asimismo se advierte la contratación de personal unido por vínculos familiares a otros trabajadores del grupo, como es el caso de Belén Ariza Luengo (cuñada de Mayte Zazo), Olga Cuquerella Gamboa (hermana de la secretaria personal del Sr. Urdangarin), Jan, Lucía y Lucas Gui Urdangarin (sobrinos de D. Ignacio Urdangarin), Pedro Vidal de Ochoa (cuñado de Marco.A. Tejeiro), Patricia Tejeiro Comas (hija de Miguel Tejeiro), Covadonga Mustienes Salvat y Mónica Guzman (amigas de la secretaria personal de D. Ignacio Urdangarin), Marta Pérez Peña (amiga de Jan Urdangarin) o, los hermanos Tarragona (amigos de Patricia Tejeiro).

Del resultado de la prueba personal practicada cohonestada con el contenido de la prueba documental obrante en la causa, se desprende el carácter ficticio de los trabajadores, bien porque reconocieron no haber prestado servicio alguno, como ocurre con Dña. Antonia Sierra Delgado o los hermanos Tarragona. Bien, porque los que afirmaron trabajar desde su domicilio no pudieron justificar tal circunstancia (todos afirman que cobraban en metálico y sin recibos y, que Jan Gui acudía a sus respectivos domicilios para recoger el trabajo realizado, no obstante no conservar en su poder documento alguno acreditativo de tal

circunstancia). O bien, porque los que figuraban contratados (personal del servicio doméstico) carecía de cualificación para desempeñar la actividad concernida al objeto social de la mercantil.

En particular, tal extremo se infiere del contenido de un correo electrónico de fecha 9 de mayo de 2007 que Marco Tejeiro remite a su hermano Luí, relativo a las necesidades de personal, en el que se dice: "Para cubrir los 6,75 puestos de trabajo al año". Del contenido de otro correo de Marco A. Tejeiro, en respuesta a uno enviado por su hermano Luí de fecha 24.1.2005 en el que puede leerse: "Te mando los que ya está cerrado. Los ficticios les haces una subida del IPC". Otro de fecha 13.6.2005 de BMT asesores a Marco Tejeiro, con el título: "Trabajadores": "En este momento tenemos cubierto en todos lados. En Virtual lo solucionamos con Antonia Sierra hasta final de año. En Torres-Tejeiro cuando entre Patricia incluso nos pasaremos. El resto ya estaba cubierto". Del correo de fecha 23.8.2005 de Marco A. Tejeiro: "Tenemos que ver el personal que hay en cada empresa y cómo estamos para las necesidades de amortización acelerada. Te recuerdo nómina a hermano de Patricia ¿ha firmado documentación y nómina hasta que se le acabe el contrato y el finiquito?". O, finalmente, del correo que remite Ana Tejeiro a su hermano Luí con fecha 27.1.2006 en el que puede leerse: "Hay que poner a alguien de Aizoon pues Tamara se ha dado de baja. Habría que volver a calcular..., quizás a Ingrid de uien te he pasado los datos para el contrato, que empieza el jueves". Además de otros que relacionan en los folios 19344 y 19345.

Con ocasión de todo ello, los acusados pretendían crear la apariencia de nuevas contrataciones de personal para generar un aumento de gastos deducibles y la correlativa disminución de la base imponible y cuota del impuesto de sociedades para aplicar el beneficio de libertad de amortización previsto en el art. 109 TRLIS. Los traspasos de personal (como se advierte de los correos electrónicos) en los que se alude abiertamente a la falsedad de las contrataciones y su finalidad, permite advertir que se llevaban a cabo con la exclusiva finalidad de aplicar la libertad de amortización, sin que obedecieran en modo alguno a las necesidades derivadas de la actividad desarrollada por cada una de las

mercantiles. Esto es, buscaban personas conocidas para hacerles contratos de trabajo ficticios que les permitían aparentar incrementos de plantilla (o mantenimiento de los anteriores aumentos), con idéntico objetivo.

Para aplicar la deducción por libre amortización es necesario que durante los 24 meses siguientes a la fecha de inicio del período impositivo en que los bienes adquiridos entren en funcionamiento, la plantilla media total de la empresa se incremente respecto de la plantilla de los 12 meses anteriores y que dicho incremento se mantenga durante un período adicional de otros 24 meses. En caso de incumplir la obligación de incrementar o mantener la plantilla hay que ingresar la cuota íntegra que hubiere correspondido a la cantidad deducida en exceso más los intereses de demora, en el período impositivo en el que se haya incumplido una u otra obligación. El uso indebido del beneficio fiscal- como anticipábamos- está asociado a incrementos de una plantilla que carece de relación con actividad económica alguna.

La Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada habría computado gastos por servicios realmente no prestados que ascenderían a la cantidad de 416.000 euros que se tratan de justificar con facturas emitidas por la mercantil De Goes, LTD por importe de 384.000 euros y Nóos Consultoría Estratégica, SL por importe de 32.000 euros. Respecto de la factura de Lobby & Comunicación, SL por importe de 296.666,66 euros, nos pronunciaremos con posterioridad.

Alcanzamos tal conclusión a partir del análisis de las facturas emitidas por De Goes, LTD contra la Asociación Instituto Nóos. Concretamente, en el primer semestre de 2007, la mercantil De Goes, LTD emite un total de 17 facturas contra la asociación que importan la cantidad total de 384.000 euros. Ello no obstante, los fondos transferidos desde las cuentas de la asociación a las cuentas de De Goes, LTD ascienden a un total de 484.000 euros, situando temporalmente estos movimientos de fondos en fecha 23 de marzo de 2007 y 31 de julio de 2007. La diferencia entre ambas cantidades se corresponde con el pago de dos facturas en el año 2006 por importe de 35.000 euros y 65.000 euros, respectivamente.

Las precitadas facturas asientan su justificación en una eventual creación de una red internacional de ciudades organizadoras de grandes eventos o acontecimientos deportivos para lo que se facturaron 8.000 euros en concepto de "fees for the management". Aún cuando Diego Torres Pérez afirma que tal movimiento de fondos responde a la contratación de la empresa De Goes, LTD por el Instituto para desarrollar iniciativas de carácter internacional (Red SECN, creación y gestión de una red internacional de ciudades que organizan grandes acontecimientos deportivos vinculados con la náutica; Celebración de un proceso de diálogo con Stakeholders en Argentina, Chile y Perú, iniciado a finales de 2006; Investigación de tendencias globales en el mercado de turismo deportivo; y Gestiones con instituciones peruanas para proponer la gestión de la candidatura de Lima a los Juegos Panamericanos). Y, que, con los ingresos obtenidos por importe de 290.000 euros, derivados de un contrato firmado con Ros Casares Espacios en el año 2007, hizo frente al importe de 298.000 euros, facturado por la mercantil De Goes, LTD. Advertimos que el contrato suscrito con Ros Casares data del 31.7.2007 y las dos facturas giradas por el Instituto Nóos, ambas de fecha 15.10.2007, fueron abonadas el 4 de Septiembre y el 9 de Octubre de 2007. Mientras que las facturas libradas por De Goes, LTD se emiten en el primer semestre de 2007 y son abonadas por el Instituto Nóos el 31 de Julio de 2007. Por otra parte, el contrato suscrito con Ros Casares contempla dos prestaciones: a) Asesoramiento para la promoción de la ciudad deportiva Ros Casares por importe de 290.000 euros. b) El patrocinio para la proyección de la imagen publicitaria de la ciudad deportiva Ros Casares que también importa la cantidad de 290.000 euros (ambas cantidades sin IVA). Aún cuando se hace constar que, para la ejecución de este contrato, la Asociación Instituto Nóos tuvo que subcontratar además de a De Goes, LTD, a NCE, SL que facturó por importe de 117.160 euros, y a Intuit Strategies, advertimos que la mercantil De Goes, LTD no disponía de trabajadores en el año 2006. La única persona que fue contratada para atender la oficina, percibiendo por tal actividad la cantidad de 800 euros mensuales hasta que fue despedido, fue el Sr. Trinxet. El mismo deponente manifestó que recibía facturas que remitía a un despacho de contabilidad radicado en el Reino Unido.

La defensa trata de justificar que los servicios realizados por De Goes, LTD no podían haber sido ejecutados por ninguna de las otras sociedades propiedad del Sr. Torres, debido a que no disponían de proyección internacional. Con ocasión del análisis de los documentos contenidos en los Anexos I y II, adjuntos al informe de fecha 14.1.2013, recogidos por la Unidad de Delincuencia Organizada con fecha 25.11.2011, advertimos que la mercantil De Goes, LTD es una sociedad fiduciaria, sin contenido real. La información obrante en la base de datos Amadeus de empresas europeas permite advertir que, la mercantil De Goes, LTD, se halla disuelta desde el 29.6.2010 y, aparece clasificada económicamente en epígrafes tales como "Actividades de servicios administrativos y de apoyo", "demás servicios de apoyo a los negocios ", o "servicios no clasificados en otra parte". Durante el período 2007 a 2009 no desarrolló actividad alguna con proyección en la cuenta de pérdidas y ganancias, ni consta que dispusiera de empleados. Tampoco se tiene constancia, de documento o soporte material de otro tipo que contenga el resultado de los pretendidos servicios prestados por esta empresa.

Asimismo la mercantil De Goes LTD, dispone de casi todas las participaciones de la mercantil De Goes, SL (el 99% de las participaciones de De Goes, SL es ostentado por De Goes, LTD, el otro 1%, pertenecía a D. Mario Sorribas Fierro), y recibe de ésta transferencias de divisas por importe de 50.000 euros en 2007 y de 39.996,55 euros en 2008. El Instituto Nóos recibió en el ejercicio 2007, 4 facturas de De Goes, LTD por importe de 19.140 euros, siendo el total de fondos transferidos por el Instituto Nóos a favor de De Goes, SL, de 228.180 euros. Tal diferencia procede de la facturación correspondiente a 2006, pendiente de pago, siendo el concepto de las facturas emitidas por la entidad al Instituto Nóos, en todos los casos, "servicios profesionales en diversos proyectos de consultoría para clientes del Instituto Nóos" (folios 11068 y 11069).

Adviértase que la ausencia de actividad de las precitadas mercantiles resulta corroborada- además- por el resultado de la información plenaria obtenida de la prueba testifical practicada. Concretamente, Mario Sorribas refiere que durante

el año en el que fue administrador de De Goes, SL no realizó ninguna actividad para la citada mercantil. A pesar de estar en nómina en De Goes, SL, el trabajo que desarrollaba correspondía a la organización de los eventos que el Instituto Nóos llevó a cabo en Valencia y en Baleares. En su consecuencia, el Sr. Sorribas no desarrolló la función de administrador ni la de empleado de la citada empresa (f. 11069).

Como corolario de lo anterior, figura incorporado a la causa un documento obrante en el Anexo 51 (página 431), relativo a unas hojas manuscritas en las que puede leerse: "¿Realmente hace falta?", "¿Cuál es su utilidad?". A lo anterior debe añadirse que las facturas de De Goes (España) las confeccionaba Marco A. Tejeiro siguiendo las indicaciones de Diego Torres. Este hecho resulta acreditado a partir del contenido del correo electrónico de fecha 23.1.2007, remitido por Marco A. Tejeiro a Luís Tejeiro, con copia a Miguel Tejeiro en el que se lee: "Te adjunto las facturas de Goes LTD, dáselas a Miguel y ponlas en la contabilidad como gasto de IN y de De Goes, SL"(folio 11054 del informe de fecha 17.1.2013 y folios 11060 a 11.100 del informe de fecha 14.1.2013(F. 19271 y 19.272)).

De todo ello se colige, como avanzábamos, que la mercantil De Goes, SL carecía de medios humanos para realizar tarea alguna, siendo Mario Sorribas Fierro el único trabajador en plantilla del que dispuso la mercantil en el ejercicio 2007.

Los ingresos y gastos relacionados con la mercantil De Goes, LTD-obtenidos de los libros registro de facturas recibidas de las sociedades españolas del conglomerado, de las facturas aportadas por la inspección y de la cuenta bancaria de la que de De Goes es titular en Luxemburgo (f. 19290 y 19291)- permiten concluir que en el año 2006 no se le conocen más trabajadores que Salvador Trinxet al que no se le retribuyen sus servicios hasta el mes de junio de 2007 (1.268,48 euros), siendo retribuidos posteriormente con regularidad a partir del mes de abril de 2008. En dicho período la facturación contabilizada por importe de 150.000 euros, corresponde a facturas emitidas a entidades relacionadas (Instituto y De Goes, SL).

Por lo que respecta al ejercicio 2007, el único trabajador en plantilla continúa siendo Salvador Trinxet. En tal ejercicio, adveran unos gastos por importe de 31.991,22 euros que se corresponden en su totalidad al pago de los ponentes de los eventos y la facturación por importe de 384.000 euros en su totalidad responde a facturas emitidas contra el Instituto Nóos. Finalmente, las sumas transferidas por el Instituto a De Goes, LTD acaban en los años 2009 y 2010 en cuentas titularidad exclusiva de Diego Torres, previo paso por las cuentas de Blossomhill Assets, INC (F. 19291 y 19292).

Consecuentemente con todo ello, concluimos que la facturación de De Goes, LTD por servicios que no se han prestado, posibilitó la salida de España en 2007 de fondos por importe de 534.000 euros (484.000 euros desde las cuentas del Instituto Nóos y, 50.000 euros más, que recibió desde las cuentas de De Goes, SL). Con tal finalidad, se organizó una estructura societaria internacional por parte del abogado, Sr. Trinxet Llorca, cuya secuencia tiene su extremo final en Belice (Blossomhill Assets, INC), dirigiéndose el dinero a cuentas bancarias de Luxemburgo y, tal vez, de Suiza (Véase a tal efecto la anotación manuscrita elaborada por Julita Cuquerella, por indicación de Ignacio Urdangarin, en la que se contienen los datos identificativos de una cuenta radicada en Laussane). Respondiendo el esquema de facturación a la siguiente secuencia: Blossomhill-De Goes, LTD-De Goes, SL-Instituto Nóos.

Estos hechos hallan acomodo probatorio en el acopio documental obrante en la causa. Concretamente, resultan de un croquis manuscrito hallado en uno de los registros practicados en Barcelona, en el que se describe el recorrido del dinero. De un documento hallado también en el curso de una diligencia de entrada y registro en el que se hace mención a una reunión celebrada en Panamá con fecha 3.10.2007- presidida y declarada abierta por Gustavo Newton Herrera- cuyo objeto era otorgar un poder en favor de Diego Torres para que fuera apoderado con poderes especiales a favor de la compañía, expidiéndose dicho poder para banca y otras transacciones con instituciones financieras. Del contenido de dos correos electrónicos hallados en el registro del Bufete Medina

Tejeiro Asesores, SL.: Uno de fecha 14 de marzo de 2008, remitido por Eva Ribes desde su correo en la mercantil Braxton al correo de Bufete Medina Tejeiro Asesores, SL en el que responde a una consulta efectuada relativa al impuesto de sociedades en el Reino Unido. Y, otro de fecha 13 de marzo de 2008 al que se adjunta el presupuesto que envía Salvador Trinxet para la creación de una estructura societaria formada por una sociedad de Belice que sea accionista de una de UK. El contenido de tales correos permite advertir el detalle del precio, en el que se incluye el nombramiento de un administrador, de un agente residente, secretario, domicilio fiscal y presentación de declaraciones ante los organismos pertinentes. De otro documento hallado en el registro del despacho de Carlos Medina, identificado con el nº 104, consistente en un esquema manuscrito relativo a una sociedad de Belice, una sociedad inglesa, una sociedad española, una cuenta en Suiza de la sociedad inglesa, una cuenta en Suiza de la sociedad de Belice y una cuenta en Suiza de la persona física y, en el que se establecen diferentes contratos, pagos y transferencias entre todas ellas.

A partir de todo ello concluimos que el Instituto Nóos en el año 2007 tuvo gastos cuya realidad no se ha acreditado por importe de 384.000 euros. Tales fondos fueron remansados en cuentas del extranjero titularidad real de Diego Torres y Ana María Tejeiro, como responsables directos del grupo de entidades en los períodos sujetos a inspección. Asimismo advertimos que, con ocasión del reparto de beneficios estipulado entre los socios, Ignacio Urdangarin facturó al Instituto. Así resulta del contenido de los cheques en los que consta la anotación "IU", que fueron recibidos por el Sr. Urdangarin. Cantidades que, conjuntamente con los ingresos obtenidos de la actividad de asesoramiento realizada y con el importe de un eventual préstamo recibido de Aizoon, han sido integrados en los rendimientos obtenidos por la persona física. Lo que implicaría la existencia de ingresos no declarados en el tributo.

Si bien, las consideraciones hasta el momento realizadas nos conducen a estimar como no deducibles por falta de justificación, los gastos por importe de 384.000 euros correspondientes a la facturación emitida por la mercantil De Goes, LTD. No podemos argumentar del mismo modo respecto de la facturación de Lobby

Comunicación, SL que importa la cantidad de 296.666,66 euros (ejercicio 2007), siendo el concepto que figura en la facturación: "honorarios profesionales por asesoramiento de comunicación" y, la cantidad de 96.666,66 euros (ejercicio 2008). A este respecto, debemos señalar, como hiciéramos en apartados precedentes de esta sentencia, que los trabajadores de la precitada mercantil (Raquel González, Laura García y José Arroyo) reconocieron haber desarrollado la actividad laboral ordenada por el Sr. Zorío, relativa al proyecto JJEE, mediante la realización de unos dossiers confeccionados a partir de la información obtenida de determinadas federaciones deportivas, que fueron aportados por el propio Miguel Zorío. Tal justificación documental no puede quedar desmerecida a partir de valoraciones subjetivas relacionadas con el grado de elaboración de trabajo desarrollado o con la existencia de facturaciones previas entre las mercantiles Instituto Nóos, Torres-Tejeiro Consultores, SL y Lobby respecto de las que se argumenta- en términos de probabilidad y sin soporte acreditativo alguno (siquiera indiciario)- que no debían de responder a servicio alguno. Si, además, se toma en consideración que la prueba plenaria arroja una explicación alternativa razonable en la medida en la que, la resolución del convenio suscrito entre la Generalitat Valenciana y el Instituto Nóos, motivó la novación del negocio jurídico suscrito entre la mercantil Lobby Comunicación, SL y el Instituto Nóos que importaba la cantidad de 2.000.000 euros, por otro, que importaba una cantidad sensiblemente inferior, que se corresponde con la cantidad finalmente facturada. Dichas facturas fueron contabilizadas por la precitada mercantil (Lobby de Comunicación, SL) y, fueron sometidas a la correspondiente tributación (declaradas en los modelos 347 de la declaración anual de operaciones con terceros), sin que se advierta perjuicio económico alguno para la administración tributaria ni acreditación cumplida de la falsedad de tal facturación.

4.5 En síntesis, adveramos en atención al resultado que arroja la prueba plenaria. Más concretamente, el obtenido del acopio documental obrante en la causa y, en particular el concernido a los folios 14654 a 14803 (documentación aportada por Motorpress Ibérica), 14815 a 14830 (facturas emitidas por Aizoon contra Altadis), 14840 a 14917 (documentación relativa a Aizoon, SL y Pernod

Ricard), 15043 a 15048 (documentación relativa a Aizoon y Mixta África) y 15057 a 15093 (documentación relativa a Aceros Bergara), todos ellos integrados en la Pieza 25. Y, del obtenido de la información aportada por los testigos en sede plenaria, que el verdadero perceptor de los rendimientos en los ejercicios 2007 y 2008 derivados de la actividad de asesoramiento desplegada para las precitadas mercantiles fue D. Ignacio Urdangarin Liebaert, no obstante haber sido facturadas a través de la mercantil Aizoon, SL, siendo el fin último de tal proceder minorar su tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Sostenemos que el verdadero perceptor era la persona física y no la mercantil por cuanto la plantilla de Aizoon, SL no disponía de la cualificación necesaria para la prestación de los servicios de asesoría, si se toma en consideración que venía integrada por 4 empleados del hogar, una estudiante, una encuestadora, un asesor, 2 personas que no habían prestado actividad alguna para la sociedad, una persona que se limitaba a realizar encargos y, finalmente, una analista con estudios de primero de enfermería (f. 19325 a 19345). La actividad de la sociedad se circunscribía al alquiler de inmuebles, ingresando unas cantidades por importe considerablemente inferior a los facturados. Los gastos contabilizados por la sociedad no se compadecen con la actividad que dice realizar (gastos de personal, alquiler, teléfono del despacho o renting de una furgoneta familiar). Esto es, no están relacionados con la precitada actividad asesora y no existen contratos suscritos entre las sociedades asesoradas y la mercantil Aizoon, SL. En su mayor parte, la actividad de asesoramiento nace de acuerdos verbales, con la excepción de dos supuestos en los que se formalizó la contratación por escrito (Mixta África y Pernod Ricard).

Asimismo, la prueba plenaria permite advenir que la actividad de asesoramiento se conceptúa como personalísima o, lo que es lo mismo, como un servicio a desarrollar por la persona de D. Ignacio Urdangarin. Aseveración que viene reforzada, en cuanto a su sustento probatorio se refiere, por el hecho acreditado de que la negociación con las distintas mercantiles la llevó a cabo directamente el Sr. Urdangarin lo que, coonestado con el concepto definido en las facturas

emitidas por la mercantil Aizoon, SL "servicios profesionales de asesoramiento", a su vez relacionada con las particulares circunstancias concurrentes en la mercantil (de acuerdo con lo anteriormente expuesto), de las que resulta una manifiesta insuficiencia de medios para el desarrollo de tal actividad asesora, abundan en la consideración de que D. Ignacio Urdangarin utiliza la sociedad para recibir rentas de su propia actividad, aprovechándose de la ventaja de los tipos impositivos del impuesto de sociedades, de la deducción por gastos personales y los derivados de la aplicación de la deducción por libertad de amortización en el Impuesto de Sociedades a la que, la mercantil Aizoon, SL, no tiene derecho.

A este respecto, resultan de interés las conclusiones alcanzadas por los peritos en su informe de avance nº 3, centrado en el análisis en la contratación de trabajadores, que hallan concreto acomodo en el resultado de la actividad probatoria desplegada. De ella resulta, como hemos anticipado, el carácter ficticio de algunos de los trabajadores que figuran como contratados, siendo esta circunstancia reconocida abiertamente por alguno de ellos y, advertida de modo incontestable a partir del contenido de numerosos correos electrónicos.

En idéntico sentido, de acuerdo con los argumentos que hemos venido exponiendo en el apartado precedente, concluimos que la tributación realizada por impuesto de sociedades relativo a la Asociación Instituto Nóos correspondiente a los ejercicios 2007 y 2008, resultan ser rendimientos obtenidos por las personas físicas (Diego Torres e Ignacio Urdangarin) en la medida en la que hicieron uso de la precitada personalidad jurídica para recibir rentas de su propia actividad, aprovechándose de la ventaja de los tipos impositivos del impuesto de sociedades, de la deducción por gastos personales y los derivados de la aplicación de la deducción por libertad de amortización en el Impuesto de Sociedades a la que no tenía derecho.

No obstante lo anterior, la Sala en la medida en la que estima computable como gasto correspondiente al ejercicio 2007 la cantidad de 296.666,66 euros- de acuerdo con los argumentos previamente expuestos-, no incluida por los peritos

de la AEAT (f. 19627) y la cantidad de 96.666,66 euros correspondiente al ejercicio 2008, excluida con base en los mismos argumentos expresados respecto del ejercicio anterior (f. 19642), debe realizar un nuevo cálculo de la cuota a ingresar. Para ello tomamos como base del cálculo la tabla correspondiente a los ingresos y gastos atribuidos al Instituto Nóos en el ejercicio 2007 obrante en el folio 19.648 y, en el ejercicio 2008, obrante en el folio 19.649, los porcentajes correspondientes al reparto de beneficios entre los socios que en los mismos folios se reflejan y, las tablas correspondientes al cálculo de la cuota tributaria a ingresar por IRPF obrantes en los folios 19367 a 19370-relativa al IRPF correspondiente al ejercicio 2007 de Diego Torres Pérez-, 19371 a 19373-relativa al IRPF correspondiente al ejercicio 2007 de Ignacio Urdangarin-, y, finalmente, la obrante en los folios 19377 a 19379-relativa al IRPF correspondiente al ejercicio 2008 de Ignacio Urdangarin.

En su consecuencia, adicionando los gastos antedichos a ambos ejercicios, no obstante respetar la base del cálculo realizada por los funcionarios de la AEAT por los conceptos restantes, a los que añadimos la deducción del 5% por provisiones y gastos de difícil justificación, la cuota a ingresar resultante respecto de Diego Torres, correspondiente al IRPF relativo al ejercicio 2007, asciende a la cantidad de 344.768,62 euros y, la correspondiente a Ignacio Urdangarin por el mismo impuesto y ejercicio, asciende a la cantidad de 129.739,19 euros.

En cuanto al ejercicio 2008, la cuota a ingresar por IRPF correspondiente a Ignacio Urdangarin asciende a la cantidad de 126.537,65 euros y, la cuota a ingresar por el mismo impuesto y ejercicio correspondiente a Diego Torres, que según el informe de la AEAT asciende a la cantidad 79.166,59 euros, habrá de verse modificada en lo que resulte de computar como gasto deducible la cantidad de 96.666,66 euros y, en cualquier caso, resultará inferior a la cantidad de 120.000 euros. Ambas cantidades son las resultantes, tras aplicar la deducción del 5% por provisiones y gastos de difícil justificación. La cuota a ingresar por IRPF correspondiente al ejercicio 2008, relativa a Diego Torres, resulta ser inferior a la prevista en el tipo penal (120.000 euros) y, por lo tanto, debe

considerarse atípica. Ello no obstante, al amparo de lo previsto en el art. 180 LGT, una vez alcance firmeza la presente sentencia, deberá comunicarse a la Delegación Especial de la AEAT en Cataluña, a los efectos oportunos.

La conducta descrita tiene su encaje en el tipo penal previsto en el art. 305 del Código Penal. Ello es así, en la medida en la que debe interpretarse que concurre el elemento subjetivo del tipo penal en quien declara mal o torticeramente los datos que deben servir para la liquidación del impuesto. Esto es, no sólo concurren los elementos del tipo en quien no declara siendo consciente que debe hacerlo y omite una actuación esperada -omisión que debe ser interpretada como una expresión inveraz respecto de la existencia del hecho imponible-, sino también en quien minora de forma falsaria el hecho imponible. Por cuanto que, ello implica, una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina (SSTS 1244/2003, de 3 de Octubre y 801/2008, de 26 de noviembre). O lo que es lo mismo, tal proceder integraría el concepto de defraudación en la medida en la que no sólo se deja de pagar, sino que para ello se hace uso de un artificio, ardid o engaño (STS 892/2016, de 25 de noviembre). No contemplamos la aplicación de la agravación pretendida por las acusaciones, en la medida en la que, la conducta típica advertida, consistente en tributar a través del impuesto de sociedades con la finalidad de obtener un tipo impositivo menor, conforma la defraudación. Su apreciación, para aplicar la agravación, implicaría una doble punición de idéntica conducta.

Diego Torres Pérez realizó dos regularizaciones relacionadas con los movimientos de la cuenta andorrana: La cantidad de 147.800 euros mediante declaración complementaria de IRPF e IVA, que no llegaron a ser abonados. Y los ingresos en efectivo en concepto de dietas mediante declaración tributaria especial, modelo 750. Asimismo, en el ejercicio 2012, presentó una declaración tributaria especial, modelo 720 (declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero), relacionada con un depósito del que era cotitular junto con su esposa, Dña. Ana María Tejeiro. Dicho depósito arrojaba un saldo o valor en

fecha 31 de diciembre por importe de 936.170 euros, siendo objeto de tal declaración tributaria especial, la mitad de ese importe que asciende a la cantidad 284.424 euros. La otra mitad, esto es, los 284.424 euros restantes, fueron declarados en ese mismo ejercicio por Dña. Ana María Tejeiro Losada, mediante la presentación de una declaración especial, modelo 720.

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

4.6 Los delitos contra la hacienda pública atribuidos a D. Ignacio Urdangarin, como expusimos en el apartado precedente, traen causa de la consideración de que determinadas retribuciones que las precitadas entidades le satisfacían como miembro de su consejo de administración o consejo asesor, o las percibidas como retribución de su actividad profesional en los proyectos conjuntos desarrollados por el entramado "Nóos", tenían la consideración de renta a integrar en su IRPF. En tanto que devengadas por su actividad profesional, por lo que no podían considerarse ingresos propios de la mercantil Aizoon, SL, únicamente, en atención a que el verdadero perceptor hubiera facturado a través de la precitada mercantil lo que en realidad eran retribuciones devengadas por su actividad profesional.

Sentado lo anterior, estimamos que, para ser partícipe de un delito contra la hacienda pública se requiere una acción consciente dirigida a la defraudación al erario público. Tal acción podría revestir la forma de cooperación necesaria si se advierte la realización por parte del socio no administrador de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; de complicidad si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos; o de inducción al autor a cometer

el delito. Ninguna de esas formas de participación resultan del sólo hecho de disponer de la condición de socio no administrador de la mercantil, que no ha participado en la gestión de la sociedad. Y, en tal sentido, estimamos que, cuando se trata de incumplimientos tributarios cometidos por personas físicas a través de la declaración del Impuesto de Sociedades cuando debieran haber declarado por IRPF, los socios que no tengan consideración de administradores ni ejerzan funciones de gestión de la sociedad no tienen encaje en ninguno de los supuestos de derivación de responsabilidad.

Del acopio probatorio practicado no resulta hecho alguno acreditado que permita advenir la participación de Dña. Cristina de Borbón y Grecia en el hecho ilícito cometido por su esposo. Ninguno de los testigos deponentes, ni la secretaria personal del Sr. Urdangarin ni tampoco Mario Sorribas atribuyeron a la acusada intervención alguna en la gestión de la mercantil ni actuación de la que pudiera inferirse que de un modo u otro influyera en la toma de decisiones. En idéntico sentido se pronunció el testigo Carlos Maciá Martí quien aseveró que Dña. Cristina de Borbón y Grecia "no participaba lo más mínimo en Aizoon".

Respecto de la afirmación atribuida a Miguel Tejeiro relativa a que la presencia de la Infanta en Aizoon respondiera a la finalidad de servir de escudo fiscal ante hacienda debemos señalar: - Por un lado, Miguel Tejeiro niega expresamente haber realizado tal afirmación al Sr. Maciá y, atribuye tal aseveración a la enemistad existente entre ambos- al parecer surgida con motivo de la intervención del Sr. Tejeiro como testigo en un pleito civil- y, a la expresa voluntad de aquél de perjudicarlo; - Por otro, el Sr. Maciá en el curso de su declaración plenaria manifestó haber desaconsejado a Miguel Tejeiro que la Infanta figurara como socia en Aizoon. Seguidamente, con motivo de la introducción de la declaración por él prestada en sede instructora (f. 15130), matizó que la manifestación realizada en aquella sede relativa a la presencia de la Infanta como socia en la mercantil Aizoon responde a una interpretación que él hizo, ante la insistencia de Miguel Tejeiro de que figurara en primer lugar el DNI de aquélla. El contenido de la información plenaria aportada por los testigos y el resultado del acopio documental obrante en la causa no permite advenir

hecho alguno acreditado en tal sentido.

En otro orden de cuestiones, los clientes y proveedores de los distintos proyectos no aluden a la participación de la Infanta en ninguna de los proyectos ni contrataciones realizadas. Ni consta acreditación alguna de su participación en la actividad de asesoramiento realizada por su esposo para distintas mercantiles. Tampoco puede derivarse tal hecho de la circunstancia de que dispusiera de capital de la mercantil para sufragar gastos domésticos (sin perjuicio de ulteriores consideraciones respecto de dicha circunstancia) ni del hecho de que suscribiera un contrato de arrendamiento de una estancia de su domicilio familiar para destinarlo al domicilio social de la mercantil Aizoon, SL (folio 27.257. Tomo 57. Pieza 25).

En su consecuencia, el resultado de la prueba plenaria no permite a la Sala alcanzar la convicción de que Dña. Cristina de Borbón y Grecia coadyuvara en modo alguno a la realización del hecho típico ni, tampoco, que asumiera la condición de administrador de hecho de la mercantil. Entendida, esta última condición, como aquélla que concurre en quien, sin ostentar formalmente la cualidad de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión, adoptando o imponiendo decisiones de gestión (SSTS 59/2007, de 26 de enero y 816/2006, de 26 de Junio)

Por todo lo expuesto, procede acordar su absolución, con todos los pronunciamientos favorables.

4.7 En idéntico sentido debemos pronunciarnos respecto de Dña. Ana María Tejeiro Losada. Respecto de la acusada tampoco se ha averdado hecho alguno acreditado del que pudiera inferirse su intervención en la toma de decisiones directivas que, por otra parte, ninguno de los intervinientes (acusados, testigos o peritos) le atribuye. Ninguno de ellos le asigna participación en las negociaciones, en las presentaciones de los proyectos, reuniones de trabajo o describe su intervención en ninguno de los congresos, cumbres y eventos organizados por Nóos.

Su participación se limita a aspectos de índole administrativa interna (todos los trabajadores se refieren a ella como la persona que les entrevistó o con la que formalizaron el contrato) y siempre dependiendo en última instancia de las decisiones tomadas por su esposo o por el Sr. Urdangarin. Pese a figurar nominalmente como socia o administradora no idea ni organiza proyecto alguno ni figura situada al nivel de los fundadores en la medida en la que no ostenta poder de decisión sobre contenidos, proyectos, negociaciones, contratación y organización interna de Nóos. Y, mucho menos de la distribución y reparto de los recursos generados. Ni, tampoco, se advierte intervención alguna de la acusada en la ejecución de acción consciente dirigida a la defraudación al erario público.

Por todo lo expuesto, procede absolver a Dña. Ana María Tejeiro Losada del delito contra la hacienda pública del que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables.

QUINTO.- HECHOS RELACIONADOS CON EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. CALIFICACIÓN JURÍDICA.

1.- El resultado de la prueba plenaria, en su conjunto valorada- en particular, el acopio documental dimanante de los anexos 93, 53, la información obtenida de la actuación inspectora previa (informe de fecha 14.1.2013), del informe de avance nº 20, integrado en el anexo 93, de la documentación hallada en las diligencias de entrada y registro practicadas en las sedes de las distintas mercantiles (entre ellas, las realizadas en la sede de la mercantil Braxton, en el despacho de asesoramiento Medina- Tejeiro o en el domicilio particular de Marco A. Tejeiro), conjuntamente ponderada con el resultado de la información plenaria obtenida de la prueba personal (declaración testifical de D. Luís y D. Miguel Tejeiro Losada), permite adverar, como hecho acreditado, que en fecha no determinada del año 2006, D. Diego Torres Pérez, encomendó a D. Miguel

Tejeiro Losada la puesta en marcha de una estructura societaria internacional.

Para cumplimentar la gestión encomendada, D. Miguel Tejeiro contactó con la entidad Braxton Consulting, SL, propiedad y, administrada por D. Salvador Trinxet, abogado especializado en fiscalidad internacional y en la creación de estructuras societarias internacionales (nos remitimos a lo argumentado en el fundamento antecedente, con mención expresa al contenido de los correos electrónicos hallados en el registro del Bufete Medina Tejeiro Asesores, SL., de fechas 13 de marzo de 2008 y 14 de marzo de 2008).

Con la intervención de D. Salvador Trinxet, crearon una sociedad matriz en Belice denominada Blossomhills Assets, INC, sujeta a la legislación de Belice y registrada con el número 48790 y, una sociedad filial radicada en Londres, denominada De Goes for Stakeholder Management LTD, constituida en Inglaterra y Gales, con número de inscripción en el Registro de Comercio 5737892, con domicilio social en Dalton House, 60 Windsor Avenue.

La sociedad denominada Blossomhills Assets, INC se hallaba participada y administrada por la sociedad panameña Skyline Associates Corporate. Y, la sociedad filial de Londres se hallaba administrada por la mercantil Corporate Directors Services, LTD. Ambas a su vez (Skyline Associates Corporate y Corporate Directors Services, LTD) administradas por un ciudadano panameño llamado Gustavo Alberto Newton Herrera, ocupado profesionalmente en la administración de una pluralidad de sociedades en el Reino Unido y Panamá, cuyos servicios profesionales eran retribuidos con cargo a un despacho de abogados de Belice (informe de avance nº 20, Anexo 93).

Asimismo, la investigación realizada por los funcionarios de la AEAT, asentada en el acopio documental obrante en la causa y en la información aportada por los testigos-cuyo resultado ha podido ser averado por la Sala en el curso del plenario- permite estimar acreditado- como hemos venido argumentando- que la sociedad De Goes Center For Stakeholder Management LTD es, a su vez,

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

Con respecto a la naturaleza fiduciaria de las mercantiles del entramado societario internacional, inferida a partir de la ausencia de actividad y de medios materiales y personales para su desarrollo y, a la naturaleza falsaria de la facturación emitida entre las precitadas mercantiles y, entre la mercantil De Goes, LTD y el Instituto Nóos, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento precedente. Asimismo nos remitimos a lo argumentado en el precitado fundamento y, con base en él, consideramos decaído el argumento defensivo concernido a la justificación inicial en la que se asienta la constitución de dicho entramado societario internacional, sustentado en la necesidad disponer de sociedades radicadas en el extranjero para la proyección internacional de sus actividades. Antes al contrario, aún cuando Miguel Tejeiro expresa que tal justificación inicial fue la ofrecida por Diego Torres cuando le encomendó tal gestión y, por referencia de éste, su hermano Luís reproduce tal manifestación (a su vez, convergente con la información aportada por el Sr. Trinxet), el resultado del acopio probatorio practicado del que resulta la ausencia de contenido real de las precitadas mercantiles permite advenir que la facturación anteriormente aludida por servicios que no se han prestado, posibilitó la salida de España en 2007 de fondos por importe de 534.000 euros (484.000 euros desde las cuentas del Instituto Nóos y, 50.000 euros más, que recibió desde las cuentas de De Goes, SL).

La dinámica comisiva resultante del acopio probatorio analizado, permite alcanzar tal convicción. Puesto que, tras confeccionarse con fecha 3 de Octubre de 2007 una escritura de apoderamiento por parte de la mercantil Blossomhills Assets, INC a favor de D. Diego Torres Pérez, autorizada por un notario panameño (como resulta del documento hallado en el curso de las diligencias de entrada y registro practicadas, en el que se hace mención a una reunión

celebrada en Panamá con fecha 3.10.2007, presidida y declarada abierta por Gustavo Newton Herrera, cuyo objeto era otorgar un poder especial en favor de Diego Torres respecto de la compañía, expidiéndose dicho poder para operar en banca y en otras transacciones con instituciones financieras) y, haciendo uso de tal apoderamiento, D. Diego Torres Pérez abrió dos cuentas corrientes en la entidad bancaria Credit Agricole de Luxemburgo, siendo titulares de dichas cuentas corrientes la mercantil Blossomhills Assets, INC y la sociedad filial De Goes Center for Stakeholder Management LTD (Tomo IV. Anexo 93. Folio 1517).

Este hecho dispone de acomodo probatorio, no sólo y, únicamente, residenciado en el documento precitado (folio 1517), sino que resulta adverado asimismo, por el contenido de los folios 1 y 2, integrados en el archivador 2. Carpeta Luxemburgo, relativos a un documento de apertura de la cuenta nº 1051030 a nombre de Blossomhill en el que obra una firma que, Diego Torres, en el curso de su declaración plenaria, reconoce como propia; por el contenido de los correos electrónicos obrantes en los folios 781, 782 y 785, integrados en el Tomo II del Anexo 93 y, por el contenido de los folios 294 y 295, relacionados con el folio 69, integrados en el Anexo 93. Archivador 1. Carpeta Luxemburgo, de los que resulta no sólo la existencia de un depósito titularidad de la precitada mercantil en la entidad bancaria Crédit Agricole sino la orden de sucesivas transferencias desde la cuenta BPA, titularidad del matrimonio Torres-Tejeiro a la cuenta de Blossomhill y, la orden de otra transferencia posterior desde la cuenta de Blossomhill a la cuenta particular del matrimonio Torres-Tejeiro abierta en la misma entidad bancaria luxemburguesa (Crédit Agricole). Asimismo, la apertura de una cuenta en la misma entidad bancaria luxemburguesa a nombre de la mercantil De Goes, LTD resulta del contenido de los folios 90, 92, 94, 134 y 190 del mismo anexo 93.

Aperturadas dichas cuentas corrientes, se transfieren un total de 420.000 euros desde el Instituto Nóos y 50.000 euros desde la mercantil De Goes Center For Stakeholder Management LTD. Así resulta de la investigación realizada por los funcionarios de la AEAT y del acopio probatorio documental que permite advenir la existencia de transferencias de De Goes, SL a De Goes, LTD (folio 90 y 190) y,

desde la cuenta titularidad del Instituto Nóos a la cuenta titularidad de De Goes, LTD (folio 92, 94 y 134).

Con la finalidad de ocultar y dificultar el seguimiento de los fondos sustraídos a tributación y, procurar su conversión y retorno al tráfico legal, resulta del mismo acopio documental que, con fecha 24 de marzo de 2009, D. Diego Torres Pérez ordenó la transferencia de la cantidad de 80.000 euros desde la cuenta abierta en la Banca Privada de Andorra en fecha 12 de mayo de 1999, con número AD 64.0006.0006.3212.4524.6936, de la que eran cotitulares el Sr. Torres y su esposa, Dña. Ana María Tejeiro Losada, a favor de la cuenta corriente titularidad de la compañía fiduciaria Blossomhill Assets, abierta en la entidad bancaria luxemburguesa Crédit Agricole. Asimismo, con fecha 23 de noviembre de 2009, esto es, 4 días antes de la cancelación de la cuenta cotitularidad de ambos cónyuges en la entidad andorrana, acaecida con fecha 27 de noviembre de 2009, D. Diego Torres ordenó otra transferencia de fondos por importe de 335.261 euros desde la citada cuenta a la misma cuenta titularidad de Blossomhill Assets.

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

2010, arrojó un saldo por importe de 347.772,60 dólares. A continuación, con fecha 17 de diciembre de 2010, indicó a la entidad bancaria Crédit Agricole que procediese a la venta de todos sus activos y depositase el dinero en efectivo en su cuenta corriente, resultando un saldo a su favor por importe de 648.132,12 euros. Las operaciones bancarias descritas, no obstante ser ordenadas por D. Diego Torres, eran materialmente ejecutadas por Dña. Ana María Tejeiro, mediante correos electrónicos dirigidos al gestor de las cuentas.

Las cuentas números 1067120 y 1067121 abiertas en la entidad luxemburguesa Crédit Agricole fueron canceladas en virtud de la orden que a tal efecto emitió el Sr. Torres con fecha 27 de Junio de 2011. Simultáneamente, una vez había sido citado para prestar declaración como encausado ante el órgano instructor, con la finalidad de evitar la localización de dichos activos, Diego Torres y su esposa, Ana María Tejeiro, abrieron una cuenta en la entidad bancaria Crédit Suisse, identificada con el número 81889, a la que traspasaron la totalidad de los fondos que hasta ese momento se hallaban depositados en las cuentas aperturadas en la entidad Crédit Agricole, arrojando el saldo de la nueva cuenta- en fecha 17 de julio de 2012- un importe de 961.666 euros.

Los hechos acreditados anteriormente expuestos permiten advenir la quiebra de la versión defensiva sostenida por el acusado, Diego Torres, cuando atribuye a Miguel Tejeiro la gestión de los temas tributarios y financieros concernidos al entramado societario internacional en la medida en la que, consta acreditado en la causa que, quien dispone de poderes de la mercantil Blossomhill Assets, INC para operaciones bancarias es Diego Torres. Y, con base en él, es el acusado quien apertura las cuentas corrientes en la entidad bancaria luxemburguesa a nombre de las mercantiles Blossomhill Assets, INC y De Goes, LTD y quien ordena los traspasos de fondos de unas cuentas a otras. Bien directamente, como resulta de los correos electrónicos obrantes en los folios 197 y 210 del Anexo 2 en los que expresamente se hace constar que Diego Torres ordena una transferencia desde las cuentas de De Goes a la cuenta de Global Corporate Services y otra transferencia desde la misma cuenta de De Goes -en ambos casos, nos referimos a la cuenta titularidad de De Goes en la entidad bancaria

Credit Agricole de Luxemburgo-, para el abono de una factura. Bien, a través de su esposa, Ana María Tejeiro, como resulta de los correos electrónicos anteriormente referidos.

Adviértase que la operativa bancaria desplegada por el acusado- en la que no consta acreditada intervención alguna del Sr. Tejeiro- permite constatar que los fondos depositados en las cuentas titularidad de las sociedades que conforman el entramado societario internacional se confunden con los fondos habidos en las cuentas particulares abiertas en la misma entidad bancaria luxemburguesa como un todo indistinto que acaba remansado en las cuentas particulares del matrimonio. Esto es, se conducen con respecto a los fondos depositados en las cuentas corrientes titularidad de las precitadas mercantiles como auténticos propietarios de los mismos, con plena disponibilidad sobre ellos hasta reconducirlos a sus cuentas particulares. Luego, este hecho, coonestado con la ausencia de contenido real de las mercantiles precitadas, nos conduce a inferir, en lógica consecuencia, que la única finalidad de la operativa hasta el momento descrita, era la de ocultar tales fondos y favorecer su conversión retornándolos al tráfico legal. Sustrayéndolos del control estatal, en beneficio exclusivo del matrimonio y, para su disfrute.

Finalmente, la investigación realizada por los funcionarios de la AEAT, reflejada en los informes obrantes en la causa, permite estimar acreditado que, en idéntico período temporal (2006), Diego Torres encomendó a Miguel Tejeiro que iniciara las gestiones para la puesta en marcha de una segunda estructura fiduciaria. A través de Salvador Trinxet, crearon una segunda estructura con una empresa matriz en Belice y una empresa filial en Londres, denominada VIKRAM, LTD. Ello no obstante, el resultado del acervo probatorio practicado nos permite concluir que esta segunda estructura societaria, no fue utilizada.

2.- Seguidamente, con la finalidad de abordar la calificación jurídica de los hechos que la Sala ha determinado como probados en el decurso de la presente sentencia, estrechamente vinculados entre sí, se suscitan dos cuestiones que

deben ser analizadas. La primera de ellas concernida al delito antecedente, en la medida en la que la ausencia de cumplida acreditación de los delitos de malversación atribuidos a los acusados- con la única excepción de los pagos relacionados con el Observatorio y el Plan Estratégico relativos al IBF 2006-, nos obliga a despejar si, las defraudaciones tributarias advertidas (2007), secuencial y temporalmente coonestadas con la creación de la estructura fiduciaria y, fundamentalmente, con la operativa bancaria desplegada que, centra su actividad más intensa en el período temporal comprendido entre los años 2009 y 2011 (la última de ellas con una evidente vocación de sustracción al control estatal de los fondos previamente ocultados al producirse una vez el Sr. Torres había sido citado para prestar declaración como encausado), disponen de virtualidad para erigirse en delito antecedente del delito de blanqueo de capitales. La segunda, concernida al hecho de que nos hallamos ante una conducta de blanqueo del mismo dinero del que se habría apropiado el acusado, que determinó su condena como autor de un delito contra la Hacienda Pública. Supuesto de autoblanqueo que, por su complejidad, ha suscitado bastantes pronunciamientos de la Sala Segunda, con un anhelado propósito de unificación de criterios en la aplicación de las normas.

Comenzando por la primera de las cuestiones suscitadas, debemos traer a colación-dada la identidad del supuesto en ella contemplado con el aquí analizado- la STS 974/2012, de 5 de Diciembre (Caso Ballena Blanca). Esta sentencia aborda en su fundamento jurídico trigésimo séptimo la cuestión (suscitada por una de las defensas) dirigida a determinar si el delito fiscal previsto en el art. 305 del Código Penal puede o no ser antecedente del delito de blanqueo de capitales. En un extenso fundamento, en el que se analiza exhaustivamente el objeto de la controversia, la Sala Segunda comienza por precisar que la jurisprudencia, hasta ese momento, no se había pronunciado sobre la posibilidad de considerar el delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales. En cambio, sí había abordado la compatibilidad entre ambos delitos por las ganancias blanqueadas no declaradas a la agencia tributaria (SSTS 152/2007, 1-12-1996 (Caso Nécora) y 21.12.1999 (Caso Roldán)). Así, señala, que la STS 152/2007, admitió el concurso real de delitos entre el blanqueo

derivado del tráfico de drogas y del delito contra la hacienda pública por tratarse de acciones distintas que afectan a bienes jurídicos claramente diferenciados. Por su parte, refiere, que las SSTS de 1-12-96 -caso Nécora- y 21.12.99-caso Roldán- apreciaron la concurrencia de ambos tipos de infracciones: en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa. Argumentando, en síntesis, que “el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete”. Sostienen que la no tributación con carácter general de los beneficios de ilícita procedencia “equivaldría a crear una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquéllas pudieran generar”. Sin embargo, continúa argumentando la misma sentencia, no se apreciará concurso real de delitos y sí concurso de normas del art. 8.4 CP, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los ingresos que den lugar al delito fiscal procedan del blanqueo de modo directo e inmediato; b) que el blanqueo sea objeto de condena; y c) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias objeto de blanqueo o la condena a devolverlas como responsabilidad civil. En tales supuestos, se estima que el delito de blanqueo absorbe el delito fiscal (SSTS. 20/2001, de 18 de marzo, 769/2008, de 3.10).

Argumenta la precitada resolución que, esta sentencia, parece seguir la estela de la reforma del art. 301.1 CP operada por LO 5/2010, que después de decir “sabiendo que estos (bienes) tienen su origen en una actividad delictiva” (ya no “en un delito”, porque no es necesario que haya recaído condena en el delito antecedente), añade: “cometida por él o por cualquier tercera persona”, lo que indica que el delito de blanqueo se sanciona también-en concurso real- cuando el autor lo es a la vez del delito antecedente.

Seguidamente, la precitada sentencia plantea si, la doctrina anterior, referida al supuesto de bienes blanqueados- procedentes del delito de tráfico de drogas o de otros delitos-, no declarados a Hacienda, puede aplicarse al supuesto inverso. Esto es, a bienes que tienen su origen en un delito contra la Hacienda pública

que, posteriormente, se blanquean.

Sobre tal cuestión, analiza sintéticamente dos posturas enfrentadas: De una parte, la que considera que el delito fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo en la medida en la que no advierte ninguna razón que justifique un tratamiento diferenciado de los delitos contra la Hacienda Pública respecto de otros delitos, en su relación con el blanqueo, partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal, en atención a su origen delictivo grave, constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre el delito fiscal y de blanqueo la normal entre el delito previo y delito de blanqueo. De otra, la que niega tal posibilidad afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, porque no origina los fondos que son objeto del delito, por cuanto, el defraudador no obtiene ningún rendimiento del delito, en la medida en la que considera que, los bienes que integran la cuota, ya se encuentran en su patrimonio. De tal modo que, el delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador.

A continuación, a partir del análisis de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria. Más concretamente, del contenido del artículo 17, que establece que la aplicación de los tributos origina una relación jurídica tributaria consistente en el "cómputo de obligaciones y deberes, derechos y potestades" de la que se derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y también para la administración. Y, del artículo 19, que establece que "la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria" (art. 19 LGT), concluye, que la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir genera la obligación de pago de una cantidad de dinero, situándose el debate en la determinación de si dicha cantidad de dinero puede ser o no objeto material del delito de blanqueo.

La sentencia, desarrolla los argumentos contrarios y, los sintetiza del modo que sigue: 1.- Argumento relacionado con el objeto material: la cuota defraudada no es la originada en el delito de fraude fiscal, y el art. 301 CP exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito o tengan su origen en el mismo. No

puede apreciarse el delito de blanqueo cuando el origen de los fondos es conocidamente lícito, aunque en su ocultación se hayan utilizado medios típicos para el blanqueo; 2.- Argumento relacionado con la conducta típica. Vulneración del principio non bis in idem. Se afirma que a menos que el defraudador se arrepienta y tras el fraude pague el delito a la Hacienda Pública, algo tiene que hacer con el dinero no declarado, o lo transmite, o lo convierte u "oculta su ubicación", conductas previstas en el art. 301 CP; es decir parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo, en vez de declarar e ingresar en las arcas del Estado, el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativa tributaria, se lo gasta en otros menesteres;3.- Argumento político criminal. El delito de blanqueo de capitales ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas, y se ha convertido en instrumento de control y recaudación fiscal.

Frente a tales argumentos contrarios, analiza, a continuación, los que sustentan la postura favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo que tienen su acomodo en una premisa básica, cual es, que no se debe confundir el blanqueo de la cuota defraudada con el blanqueo de los fondos que dan lugar a la cuota defraudada. Seguidamente, examina los dos convenios del Consejo de Europa relativos al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito, firmados en Estrasburgo en 1990 y en Varsovia en 2005 (este último referido también a la financiación del terrorismo) que, al definir el blanqueo (artículo 6 del Convenio de 1990 y 9 del Convenio de Varsovia), hacen referencia a blanquear "bienes que son producto del delito anterior" ("biens" y "produits", en la traducción francesa y, "property" y "proceeds", en la traducción inglesa). Ratificados por el Reino de España ambos Convenios, se estipula que el blanqueo se produce sobre "bienes" cuyo origen es un "producto" del delito.

Seguidamente, descendiendo al análisis de la legislación nacional, la sentencia advierte que el artículo 301 habla de "bienes cuyo origen es un delito". Luego señala-, de acuerdo con la literalidad del precepto, que ello podría suscitar la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto de

blanqueo pueden ser idénticos. Diatriba-argumenta-, que se reconduciría a entender que los bienes objeto del blanqueo son las "ganancias" obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el "producto" del delito antecedente y que en puridad pueden ser "activos de cualquier naturaleza". Afirma, que en los delitos patrimoniales se blanquean "las ganancias" obtenidas y, en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada.

En su consecuencia, la sentencia que analizamos, rechaza los argumentos contrarios a la consideración de que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo, con base en los siguientes razonamientos:

- En caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada. No así los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota. En definitiva, asevera, "es la cuota la que se puede lavar".

-Rechaza el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio "ne bis in idem". Para ello, señala que, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaría de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir, la cuota tributaria.

Argumenta que nos hallamos ante bienes jurídicos protegidos diversos. Así, en el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es, a "la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes", o bien a "la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía". Se trata, en definitiva, de un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada. Por lo que respecta al delito fiscal, la determinación del bien jurídico protegido se mantiene en la línea de las concepciones más funcionales que radica en la inadmisión de la vulneración de los principios de solidaridad tributaria

inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos. En consecuencia, la sentencia analizada argumenta que "se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como una suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuridicidad del hecho".

La Sala Segunda, asume en la sentencia analizada-con los matices que se detallarán- las tesis en la que se sustenta la postura favorable a estimar que el delito fiscal dispone de virtualidad para erigirse en delito precedente del blanqueo. Tal postura se justifica con base en los siguientes argumentos, que reproducimos en su literalidad:

"1.- En primer lugar, la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005, fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010, de 28.4, sobre prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo-en vigor desde el 30.04.2010-, dice:"a los efectos de esta ley" se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, "con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública".

Aún cuando la propia sentencia admite que la precitada norma no se hallaba en vigor en el momento en el que los hechos objeto de la causa tuvieron lugar, afirma que la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no

encuentra su justificación, exclusivamente, en el texto de la Ley de Prevención, sino en la aplicación del Código Penal. En tal sentido, advierte que en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de un delito "grave" como antecedente de un ulterior blanqueo. Argumenta que, desde la reforma LO 15/2003, de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, y, con ocasión de la reforma LO 5/2010, de 22.6, en la que el párrafo 1º del art. 301, utiliza la expresión "actividad criminal" en vez del delito, la doctrina advierte que esta definición legal pretende significar que la razón de tal expresión, no es otra, que el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior blanqueo de capitales. Por tanto, concluye que, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.

Con base en el articulado de la Ley de Prevención y, de acuerdo con su tenor, argumenta la sentencia que, la cuota defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. Interpreta que la intención del legislador, "no es establecer ex novo que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo".

Seguidamente, examina la dicción del artículo 305 del Código Penal y, al amparo de su redacción, estima que "la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria". Y, añade: "Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el art. 58 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y, el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una

cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal”.

Abundando en el análisis del articulado de la norma penal, sostiene que “el Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen o “procedan” de un delito grave, en la actualidad, de una actividad delictiva (art. 3.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave (el término procedencia se define en el diccionario de la RAE, como origen, principio de donde nace o se deriva una cosa. Están originados en un delito grave los bienes que tienen su “causa” en ella”.

Sentado lo anterior, tras admitir la virtualidad del delito fiscal como delito precedente del blanqueo. La misma sentencia aborda la necesidad de fijar criterios que permitan concretar con precisión cuándo, un bien- en el presente supuesto, la cuota tributaria-, tiene su causa en una actividad previa (delito fiscal). En tal sentido, establece que, la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa debe ser de tipo causal, causalidad que permite afirmar que los bienes están “contaminados”. Añade, que la aplicación al supuesto de las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado, sirven a la finalidad de determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad previa. De este modo, continúa argumentando, se puede afirmar que “un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o de la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia,

composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia. Existe conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva, el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto”.

Trasladando la aplicación de las teorías causales al supuesto enjuiciado, argumenta que “el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Esto es, el dinero no estaría en su patrimonio, si no hubiera defraudado a la Hacienda Pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal. La cuota tributaria defraudada es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Esto es, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador. Y, además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria”.

Centrado lo anterior, sostiene la sentencia que la problemática no se sitúa tanto en el origen o procedencia delictiva de los bienes, cuanto en la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, en la medida en la que, en principio, no resultaría admisible concluir que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Por lo tanto, considera que debe partirse del hecho de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Argumenta que, hasta este momento, existe un lapso temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal. Por ello, sostiene que, no todo acto realizado sobre el dinero puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, en la medida en la que, “los bienes no tienen-todavía-carácter delictivo”. En definitiva, advierte que, “una vez

concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material”.

La sentencia establece que el blanqueo de capitales “exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva”. Tarea que no resulta fácilmente abordable cuando de dinero se trata, por cuanto no hallamos en presencia de un bien fungible por excelencia.

Esto es, la sentencia establece que para que el delito fiscal se constituya en delito previo al blanqueo requiere que durante la investigación se pueda razonablemente identificar la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. Afirma que, en algunos supuestos, sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria. En otros, existe la posibilidad de que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Esta circunstancia concurrirá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada, supuestos en los que puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

Asimismo admite como criterio para su determinación, la identificación de la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. Respecto de esta posibilidad, sostiene la sentencia que, la cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56 LGT), siendo el tipo de gravamen la cifra, coeficiente o

porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, concluye que, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. Esto es, no se hallaría contaminada toda la base liquidable, sino sólo la parte constitutiva de la cuota tributaria. En su consecuencia, estima que habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, en la medida en la que una parte de la misma se halla contaminada, o, en su caso, una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

En el supuesto que aquí analizamos la conexión entre los beneficios generados por el delito y la cuota tributaria defraudada es lógica y racional, dado que- como anticipábamos-, la interrelación entre los beneficios generados por el delito fiscal y la actividad de blanqueo se deduce razonablemente, de la simultaneidad temporal entre los períodos en que se concreta el impago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (2007) y las de las operaciones de blanqueo efectuadas (2009 a 2011), unido a que la mayor parte de la cantidad defraudada (344.768,62 euros) es precisamente la blanqueada (si se toma en consideración que el montante total de los fondos que acaban finalmente remansados en la cuenta de la entidad Crédit Suisse, titularidad del matrimonio, asciende a la cantidad de 961.666 euros) y, a que el propio sistema de canalización del dinero a través de sociedades interpuestas, sin contenido real y, por lo tanto carentes de actividad, son elementos indiciarios suficientes para entender acreditada su vinculación con el previo delito fiscal y, consecuentemente, con el ilícito carácter del dinero.

La segunda cuestión que centra nuestra atención se halla vinculada al análisis de la figura que ha venido en denominarse "autoblanqueo". Al respecto, debemos precisar que la conducta típica se desarrolla en un ámbito temporal al que resulta de aplicación el texto vigente del artículo 301 del Código Penal, modificado por las reformas operadas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, y en el que se castiga, en su apartado primero,

al que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

La jurisprudencia emanada de la Sala Segunda, ha precisado en recientes sentencias, los límites que separan las conductas de autoblanqueo, constitutivas de delito, de aquellos otros actos que se integran en el agotamiento del delito, distinción que no siempre se presenta con claridad. Así, en la Sentencia 16/2016, de 2 de marzo, se declara que en la reciente jurisprudencia de casación se han establecido algunas pautas en las que, -incidiendo en la interpretación gramatical de la compleja dicción del art. 301.1 del Código Penal-, se ha procurado obtener una aplicación de la norma que limite los posibles excesos en la punición del autoblanqueo, evitando que se extraigan interpretaciones descontextualizadas que vulneren el principio non bis in idem (SSTS 1080/2010, de 20 de Octubre; 858/2013, de 19 de Noviembre; 809/2014, de 26 de Noviembre, 265/2015, de 29 de Abril y 408/2015, de 8 de Julio). Señala la Sentencia 16/2016 que la punición autónoma del autoblanqueo respecto del delito antecedente se justifica, siguiendo las ideas esenciales destacadas en la STS 809/2014, de 26 de Noviembre:

“1.- Mientras en la receptación y en el encubrimiento el Legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo, esta exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo. Por el contrario, desde la reforma del 2010 se sanciona expresamente el blanqueo cometido por el autor del delito previo.

2.- Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la mayor gravedad del blanqueo para el Legislador es obvia dada la entidad de las penas que respectivamente los castigan.

3.- La mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo,

respecto de la receptación y el encubrimiento, resulta de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo derivada de la medida de la pena del delito previo, limitación que sí se establece para los delitos de encubrimiento y receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.

4.- Desde el punto de vista valorativo se argumenta en las sentencias 809/2014 y 265/2015, lo siguiente:

- a) La característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar el modo indirecto de ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al "retorno", en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico. De modo que el precepto que sanciona el delito antecedente no puede comprender íntegramente el desvalor de las actividades posteriores de blanqueo.
- b) El Legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por el propio autor de ésta, aún cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca: el orden socioeconómico, aunque dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.
- c) Y sobre todo por entender que el bien jurídico no ponderado en la sanción del delito inicial justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independiente, por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en su retorno encubierto al circuito legal de capitales".

En tal sentido, la Sentencia 265/2015, de 29 de Abril, precisa que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir,

poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino- como señala el tipo-, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias. El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionados. Y en esa misma sentencia se resalta que la esencia del tipo es la expresión "con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito".

Con estas precisiones, que revelan una interpretación más restrictiva del tipo- como se señala en la sentencia 265/2015- se evitan excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria o inmediata de la realización de su delito o la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero ilícitamente obtenido para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación u obtención de un título jurídico aparentemente legal sobre dichos bienes o dinero, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

Por todo ello, se señala en la Sentencia 16/2016 que no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer el delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas.

En el supuesto aquí examinado, resulta palmario que el acusado, con sus continuos traspasos de fondos de cuentas particulares a las cuentas de las mercantiles fiduciarias, aperturadas y gestionadas por él, en virtud del acto de apoderamiento antedicho y, de éstas, con destino a otras cuentas particulares distintas de la inicial, siendo el último de los movimientos de fondos realizado con posterioridad a la citación como encausado del Sr. Torres, con destino a una

cuenta aperturada a nombre de ambos esposos en otra entidad bancaria luxemburguesa distinta, trataba de ocultar su procedencia ilícita, con la finalidad de incorporar tales fondos al tráfico legal. Esto es, con tal conducta pretendía dotar de una cobertura de legalidad al dinero ilícitamente obtenido. Hubo, en consecuencia, transformación y transmisión del dinero con ánimo de ocultar o encubrir su origen ilícito para situarlo en el círculo económico legal. Es decir, no estamos ante un uso, aprovechamiento o disfrute de sumas de dinero procedentes de la actividad delictiva con el fin de atender a las necesidades y gastos ordinarios de la vida diaria, sino que, además de los continuos traspasos de los fondos de unas cuentas a otras, en el modo descrito, parte de estas cantidades fueron invertidas en activos, cuya venta fue ordenada por el acusado con fecha 17 de diciembre de 2010, para retornarlas encubiertamente a los circuitos económicos y mercantiles lícitos y normalizados. Con lo cual, se vulneran los bienes jurídicos que tutela la norma penal, bienes jurídicos que en este caso, fundamentalmente de orden socioeconómico, son distintos de los que protege el delito antecedente que no comprende íntegramente el desvalor de las actividades posteriores de blanqueo.

Por ello esta conversión y transmisión no puede considerarse como un supuesto de autoencubrimiento impune, ni tampoco como meros actos copenados absorbidos o insertables en el agotamiento del delito. Ni cabría por tanto hablar de una doble incriminación o de una infracción del principio non bis in idem. Antes al contrario, concurren el elemento objetivo y subjetivo del tipo penal (STS 849/2016, de 10 de Noviembre).

Por lo que respecta a Dña. Ana María Tejeiro, pese a haber ejecutado operaciones bancarias por indicación de su esposo, así como haber concurrido con éste en la apertura de la cuenta corriente en la entidad Crédit Suisse, acciones que colmarían el elemento objetivo del tipo, el resultado del acervo probatorio practicado no permite estimar acreditado que la acusada conociera el origen ilícito de los fondos ni, en consecuencia, que los traspasos de fondos que indicaba sirvieran a la finalidad de ocultarlos y convertirlos para su retorno al circuito económico legal. La ausencia de acreditación del elemento subjetivo del

tipo debe conducir a la absolución de la acusada.

3.- Determinada la concreta acción típica llevada a cabo por el acusado, Diego Torres, corresponde ahora analizar la concreta intervención que, en los hechos aquí concernidos, tuvo el abogado, Salvador Trinxet. Con tal finalidad, resulta de interés a los efectos antedichos, traer a colación nuevamente la STS 974/2012, de 5 de diciembre. Más concretamente, y por remisión de ésta, debemos abordar el análisis de la STS 1300/2009, de 23 de diciembre. Esta sentencia analiza la doctrina sobre los denominados "actos neutrales" y, dispone que, dichos actos, se reputan insuficientes para erigir el comportamiento de su autor en forma participativa criminalizada bajo el título de cooperación necesaria. Nuestra jurisprudencia aborda tal cuestión cuando trata el significado causal de determinadas acciones cotidianas puestas en relación con el hecho principal (STS 185/2005). En particular, analiza la conducta del gerente de una sucursal bancaria y la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) o, la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo en el transporte de la droga (STS 928/2006). Y, concluye que, en todos estos supuestos, es preciso comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo, conocido por el sujeto que realiza una acción que, inicialmente, se reputa como socialmente adecuada.

Por lo tanto, se conceptúan como "actos neutrales", aquéllos cotidianos que, por ser socialmente adecuados, no pueden ser tenidos como típicos penalmente, en la medida en la que, con independencia de su resultado, no representan un peligro socialmente adecuado. Esto es, una acción que no representa un peligro de realización del tipo carece de relevancia penal (STS 34/2001, de 1 de Febrero).

Advierte, la misma sentencia que, para poder calificar un acto neutral como de participación delictiva, atribuirle relevancia penal y justificar la punibilidad de la cooperación, debe tratarse "de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, revele una relación de sentido

delictivo, supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma, que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, se adapte al plan delictivo del autor, o implique un aumento del riesgo”.

Respecto del elemento subjetivo, la precitada sentencia (974/2012, de 5 de Diciembre), dispone que, en derecho penal los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales, son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales. Argumenta que, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa y, sostiene, que lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión. Y, a tal efecto-argumenta- que a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal o si no quiso indagar, pudiendo hacerlo, sobre el contenido de su conducta, asumiendo los resultados que pudieran producirse (STS 1106/2006, de 10 de noviembre).

En tal sentido, la misma sentencia considera que la transmisión y conversión en otros bienes, son acciones, naturalmente, o por ellas mismas, aptas para dificultar el conocimiento del origen último de los bienes. Argumenta que, quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y a sabiendas del origen ilícito de los bienes, comete el delito por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo. Finalmente, recuerda la doctrina reiterada de la Sala (STS 557/2012, 9 de Julio) en cuya virtud se afirma que, aún cuando ciertamente “no basta la simple sospecha de la ilicitud del origen de los bienes a blanquear, sino que es preciso la certidumbre sobre dicho origen, esto último no significa que haya de conocerse la infracción precedente en todos sus pormenores o en todos sus detalles. Basta, según esta doctrina, con la conciencia de la anormalidad de las operaciones realizadas y, la razonable inferencia de que el dinero procedía de la comisión de un delito”.

De acuerdo con esta doctrina y, aún cuando la conducta del letrado Sr. Trinxet no constituiría en puridad un acto neutral, en atención al incremento del riesgo

que, para la realización del ilícito, se deriva de la opacidad de la estructura internacional que sirvió a los acusados (elemento objetivo). No podemos dejar de advertir la ausencia de indicios sólidos que nos permitan inferir que el letrado tuviera conciencia de la anormalidad de las operaciones realizadas y, consecuentemente con ello, la razonable inferencia de que el dinero procedía de la comisión de un delito. Así lo consideramos, en la medida en la que, en el momento en el que proporciona el entramado societario antedicho (2006), el prestigio profesional de Diego Torres y la proyección internacional de su actividad (no cuestionados en aquellas fechas) resultaban compatibles con la pretensión de disponer de una estructura societaria internacional que tuviera por finalidad servir a la realización de proyectos de tal naturaleza. Esto es, el fin último que le fue trasladado, dadas las particulares circunstancias concurrentes en el petionario, unida al hecho de que el letrado se dedicaba profesionalmente a la fiscalidad internacional, no disponían de virtualidad en sí mismas para despertar en él una conciencia de la ilícitud o anormalidad de las operaciones realizadas. Más si cabe, si se atiende al hecho de que los integrantes del despacho profesional que gestionaban la fiscalidad de las mercantiles del entramado societario, agrupado bajo la denominación "Nóos", mucho más próximos al Sr. Torres y, por razones obvias, conocedores en mayor profundidad de la actividad y resultados contables de las mercantiles aquí analizadas, afirman haber tomado conocimiento de la finalidad a la que realmente servía el entramado societario internacional con ocasión de la investigación que dio origen a la presente causa, hallándose en el convencimiento hasta ese momento-según sostuvieron en el curso de su declaración plenaria-, de que el entramado societario internacional servía a la realización de proyectos de tal naturaleza.

Luego, por razones evidentes, si quienes disponían de un conocimiento más preciso de los hechos no cuestionaron la finalidad a la que servían tales mercantiles, difícilmente puede sostenerse que el letrado, que no disponía de tal conocimiento, ni de elementos indiciarios previos o concomitantes a los hechos que pudieran procurárselo -toda vez que tampoco se ha acreditado que gozara de un trato personal directo y frecuente con el Sr. Torres-, alcanzara tal estado de conciencia. Adviértase, además, que más allá de la percepción de un salario y

de la recepción de la facturación que le era remitida por Marco Antonio y Ana María Tejeiro, actuaciones que se producen en un estadio muy inicial de la vida del entramado societario, no consta acreditada participación alguna del letrado en la operativa bancaria desplegada ni en ninguna otra acción relevante que permitiera inferir no sólo que disponía de conocimiento o, cuando menos no podía ignorar, el origen ilícito de los fondos, sino su colaboración en la ocultación de los mismos. Antes al contrario, la operativa bancaria que hemos venido detallando a lo largo del presente fundamento fue dirigida por Diego Torres en exclusiva, a través del gestor de la entidad bancaria luxemburguesa.

En virtud de lo expuesto, la ausencia de acreditación del elemento subjetivo del tipo penal debe conducir a la absolución del acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

4.- Respecto de D. Ignacio Urdangarin ningún hecho acreditado revela la prueba plenaria practicada que conduzca a estimar probada su participación en el hecho ilícito que le atribuyen las acusaciones. De ella no sólo no resulta que el acusado participara en la realización de conducta alguna relacionada con la operativa bancaria que sirvió a la ocultación de los fondos -para la que, ni tan siquiera disponía de apoderamiento especial, en tanto que, tal poder, fue otorgado exclusivamente a favor del Sr. Torres- sino que, en las fechas en las que se desenvuelve con mayor intensidad tal operativa, la relación profesional que ambos socios habían mantenido había cesado. Hechos ambos acreditados, que deben a su vez cohonestarse con otro hecho probado, cual es, que la operativa bancaria descrita arroja como únicos beneficiarios al matrimonio formado por Diego Torres y Ana María Tejeiro, en la medida en la que, las transferencias de fondos, acabaron remansadas en las cuentas particulares de su titularidad.

Consecuentemente con los argumentos expuestos, procede emitir un pronunciamiento de contenido absolutorio respecto del delito de blanqueo de capitales atribuido a D. Ignacio Urdangarin Liebaert.

5.- Finalmente, respecto de D. Marco Antonio Tejeiro Losada, la Sala, vinculada

por el principio acusatorio, debe emitir un pronunciamiento absolutorio respecto de dicho ilícito, inicialmente atribuido al acusado, con motivo de la renuncia al ejercicio de la acción penal expresamente manifestada por el Ministerio Fiscal y la acusación popular constituida por el Sindicato Manos Limpias, en sus respectivos escritos de conclusiones definitivas.

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1.- Con la finalidad de centrar el análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes), debemos abordar, en primer lugar, el examen de las solicitadas por las acusaciones. No sin antes precisar que, la acusación popular constituida por el Sindicato Manos Limpias, al finalizar su informe y, respecto de los acusados de Baleares que hubieren consignado las cuotas correspondientes para hacer frente a la responsabilidad civil, manifestó aquietarse al arbitrio de la Sala, respecto de la apreciación de la atenuante que corresponda. La pretensión expresamente postulada por el Ministerio Fiscal y la Abogacía de la CAIB y, el aquietamiento de la acusación popular a la decisión del Tribunal, respecto de la atenuante de reparación del daño, obliga a recordar que el Tribunal Sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación, que no pueden ser superados en perjuicio del reo.

No es suficiente, para salvaguardar el principio acusatorio, que la pena no supere la pedida por la acusación. Sino que el Tribunal desbordaría ese límite infranqueable si desatendiese la apreciación de una circunstancia atenuante o eximente solicitada por la parte acusadora. Esto es, la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Segunda, considera que la inaplicación en sentencia de circunstancias atenuantes y/o eximentes postuladas por las acusaciones vulnera el principio acusatorio y también el derecho de defensa (STS 251/2014, de 18 de marzo, con cita de las SSTS 968/2009, de 21 de Octubre, 848/1996, de 4 de noviembre; 2351/2001, de 4 de diciembre; 578/2008, de 30 de Septiembre; y 348/2011, de 25 de Abril).

Sentado lo anterior, advertimos del contenido del escrito de conclusiones definitivas presentado por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Abogacía de la Comunidad Autónoma de Baleares, la postulación de las circunstancias atenuantes de reparación del daño, prevista en el artículo 21.5 del Código Penal y analógica de colaboración prevista en el art. 21.7 en relación con el art. 21.4 del Código Penal, respecto de los siguientes acusados y con la gradación que a continuación referiremos. Así, respecto de D. Jaume Matas Palou interesa la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño, como muy cualificada, respecto de todos los hechos delictivos y, la atenuante de confesión respecto de los delitos de prevaricación y fraude a la administración. Idénticas circunstancias atenuantes, en su modalidad de atenuante simple, aprecia respecto de D. Gonzalo Bernal García, D. Miguel Ángel Bonet Fiol y D. Juan Carlos Alía Pino, en relación a todos los hechos delictivos sobre los que sustenta sus pretensiones acusatorias. Finalmente, respecto de D. José Luís Ballester Tuliesa, aprecia la circunstancia atenuante muy cualificada de colaboración y la circunstancia atenuante de reparación del daño, ambas, respecto de todos los hechos delictivos.

Consecuentemente con la doctrina que venimos analizando, la Sala- atendida la petición expresa de las acusaciones antedichas y el aquietamiento de la acusación popular- asume la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño, en la gradación y, respecto de los acusados anteriormente referidos, con sujeción al principio acusatorio y al derecho de defensa.

Ello no obstante, respecto de la oposición manifestada por la acusación popular constituida por el Sindicato Manos Limpias en relación a la apreciación de las circunstancias atenuantes analógicas de confesión postulada por las acusaciones antedichas, debe ser del mismo modo apreciada, por cuanto que, en relación con todos los acusados respecto de los que se postula tal atenuación, concurren los requisitos que la conforman, en la medida en la que reiteradamente, se ha acogido por la Sala Segunda, como circunstancia analógica de confesión, la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia, cuando ya se ha

iniciado la investigación de los hechos. En tal sentido, en las atenuantes "ex post facto", el fundamento de la atenuación se encuadra en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia y, en el concreto supuesto del art. 21.4 CP, debe seguir exigiéndose una cooperación seria, eficaz, veraz y relevante, aportando a la investigación datos "especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados" (SSTS 516/2013, de 20 de Junio, 678/2016, de 21 de Abril, 14/2017 y 32/2017). Todos estos requisitos concurren en el presente supuesto, salvo el temporal, lo que conlleva a su apreciación por analogía.

2.- Seguidamente, examinaremos la pretensión postulada por la defensa de D. Ignacio Urdangarin concernida a la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, asentada en el hecho de haber consignado en concepto de responsabilidad civil la cantidad total de 1.199.918,52 euros.

El reciente ATS 9805/2016, de 29 de Septiembre analiza la atenuante de reparación del daño subrayando su carácter objetivo. Argumenta el meritado auto que su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial.

El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija frente al responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la

responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante.

Su fin último es incentivar que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal (STS 476/2015).

En atención a lo expuesto, no cabe sino estimar ajustada a derecho la apreciación de la atenuante de reparación del daño respecto de los delitos de malversación, fraude a la administración y contra la hacienda pública. La cantidad consignada lo fue (en su mayor parte) con carácter previo al acto del juicio y además dicha suma resulta ser relevante para hacer frente a la responsabilidad civil que se determinará en la presente sentencia.

3.- Pretenden las acusaciones la aplicación de la agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8 del Código Penal respecto de D. Jaume Matas Palou, habiéndose retirado, la postulación de tal agravación, provisionalmente efectuada, respecto de Miguel Ángel Bonet Fiol.

Dicha circunstancia agravatoria de la responsabilidad criminal aparece recogida en el artículo 22.8ª del Código Penal. Tal Precepto dispone: "Hay reincidencia cuando, al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza". El mismo precepto añade: "A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo".

La Sala Segunda, ha elaborado una consolidada doctrina respecto de los requisitos que deben concurrir para su apreciación. En tal sentido, la reciente STS 395/2016, de 10 de mayo, reproduce la doctrina de la Sala, expresada en la

STS 689/2014, de 21 de Octubre. También contenida en la antecedente STS 969/2013, de 18 de Diciembre que, a su vez, se remite a las SSTs. 5/2013 de 22.1, 1170/2011 de 10.11, 971/2010 de 12.12 y, a las SSTs 11.11.98, 5.2.2000, 16.6.2000, 31.1.2001, 7.10.2003, 25.11.2004, 29.12.2005, 18.4.2006, 30.12.2006, 435/2009 de 27.4, 814/2009 de 22.7 y 406/2010 de 11.5.

Las citadas sentencias resumen dicha doctrina y disponen:

"1) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SS.TS. 23.10.93, 23.11.93 y 7.3.94).

2) En los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (SSTS. 3.10.96 y 2.4.98).

3) En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo (STS. 26.5.98, 647/2008 de 23.9 , 1175/2009 de 16.11), que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados.

4) Por lo tanto para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el

factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.- Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual- por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto solo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE (ss. 12.3.98 y 16.5.98)

5) Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición(SSTS. 11.7 y 19.9.95 , 22.10, 22.11 y 16.12.96 , 15 y 17.2.97), expresando la STC. 80/92 de 26.5, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 136 CP) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (SSTS. 22.9.93, 27.1.95, 9.5.96, 21.2.2000, 16.3.2000, 20.9.2001, 21.11.2002, 11.2.2003, 7.10.2003).

Tomando en consideración la doctrina anteriormente relacionada resulta que las acusaciones no han acreditado la concurrencia de la circunstancia agravante postulada, carga probatoria que a ellas correspondía. Ello es así, por cuanto siquiera obra en las actuaciones la hoja histórico penal del acusado respecto del que se predica tal pedimento agravatorio, hecho que impide a la Sala analizar si fueron dictadas sentencias condenatorias respecto del mismo, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que, de haber resultado penado, las dejó efectivamente extinguidas. Por todo lo expuesto, procede desestimar la apreciación de la circunstancia agravante pretendida.

4.- Por la defensa de Diego Torres se planteó, en trámite informe, la concurrencia del error de prohibición respecto de las conductas objeto del presente enjuiciamiento por entender que, la Casa Real, estaba al corriente de todas las actividades y se les consultaba al respecto. A pesar, de adverbarse mediante la prueba practicada que, algunas personas que desempeñaban funciones o estaban relacionadas con Casa Real, mantuvieron conversaciones relativas a algunas actividades de "Nóos", esta circunstancia no colmaría los presupuestos para la aplicación del error de prohibición que se pretende.

OCTAVO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS.

La individualización de la concreta pena a imponer debe atender a las circunstancias personales y a la gravedad del hecho, concepto éste que exige considerar factores como la conducta o energía criminal, la intensidad del daño producido, y todas aquellas circunstancias que desde un punto de vista social permitan ahondar en el concepto o significación de "gravedad" y en la necesidad de una mayor o menor dureza en la condena, más allá de los que califican el delito y permiten identificar un ámbito o marco punitivo. Ello exige, en consecuencia, valorar todas las circunstancias, tanto las que rodean la acción como las posteriores.

En el presente caso, la gravedad de los hechos, más allá de la derivada de los bienes jurídicos protegidos y de las consecuencias de la lesión de los mismos, se expresa en las concretas circunstancias concurrentes. De una parte, la Autoridad y los funcionarios públicos implicados, con su reiterado proceder, subvirtieron la legalidad vigente, cuya observancia trataron de simular, revistiendo las decisiones unilateralmente adoptadas, de una apariencia de legalidad y, para ello, generaron una base documental que no respondía a la realidad, al tiempo que decidieron satisfacer un servicio conscientes de que no había sido prestado, con el consiguiente perjuicio para las arcas públicas, convirtiéndose en

vulneradores de la legalidad quienes, como representantes públicos, debieran ser los principales garantes de su cumplimiento, con el consiguiente quebranto que tal proceder provoca en la confianza que la ciudadanía deposita en sus instituciones. De otra, los particulares y, respecto de éstos, especial reproche merece la conducta de quien, lejos de conducirse con arreglo a las exigencias dimanantes de su posicionamiento institucional, abusa de su privilegiada condición y, prevaliéndose de ella, la utiliza para mover la voluntad de los representantes públicos, en beneficio propio y, aunque con ello subvierta reiteradamente la legalidad, revelando con tal proceder un absoluto desprecio por los principios y valores que nutren nuestro ordenamiento jurídico, al que no sirvió-como cabía esperar de quien en aquellas fechas se hallaba integrado en la Familia Real-, sino del que se sirvió en provecho propio y, en el de su entonces socio quien, consciente de la ascendencia y de los contactos que, al más alto nivel, le procuraba tal alianza, no dudó en hacer uso de ella, beneficiándose junto con aquél-aún cuando para ello, tuviera que despreciar reiteradamente la legalidad vigente-, del lucro derivado de su ilícito proceder hasta sus últimas consecuencias, en tanto no sólo sustrajeron a la correspondiente tributación los recursos obtenidos sino que, en el caso, del Sr. Torres, incluso, los ocultó y transformó, incorporándolos al tráfico jurídico bajo una aparente legalidad, desvinculándolos de ese modo de la sujeción al control público estatal.

La concreta individualización penológica aplicable al presente supuesto, exige despejar, con carácter previo, una serie de factores que, inevitablemente, la condicionan. El primero de ellos, concernido a la determinación de la norma penal más favorable que, de acuerdo con el criterio dispuesto en la STS 277/2015, de 3 de Junio (fundamento octavo) y, previo análisis de las sucesivas reformas legislativas operadas en los últimos años, concluimos que es el texto dimanante de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre. Ello es así, por cuanto que, si bien, el marco penológico correspondiente al delito de falsedad, que estimamos concurrente, no se ha visto modificado. Con respecto a los delitos penados separadamente, en particular, el delito de tráfico de influencias, la norma más favorable, es la contenida en la redacción original vigente en la fecha de los hechos (24.11.1995, en vigor a partir del 24.5.1996, mantenido en la

reforma operada por la LO 15/2003, de 15 de Noviembre), al establecer una pena privativa de libertad de 6 meses a un año, en lugar de la pena de prisión de 6 meses a dos años que contempla el texto contenido en la LO 5/2010, de 22 de Junio y, se mantiene en la reforma operada por la Ley Orgánica de 31 de marzo de 2015, en vigor desde el 1 de Julio de 2015. Como sucede con el delito de fraude a la administración previsto en el art. 436 del Código Penal cuyo marco penológico contemplado en el texto original (1 a 3 años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 6 a 10 años (24.11.1995, en vigor a partir del 24.5.1996), se mantiene inalterado tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de Junio. No así en la reforma operada en 2015, que agrava su punición; con el delito contra la Hacienda Pública (art. 305.1 Código Penal) cuyo marco penológico se sitúa en la pena de prisión de 1 a 4 años y multa del tanto al séxtuplo, agravado en las sucesivas reformas posteriores (2010 y 2012); y, finalmente, con el delito de blanqueo (art. 301 Código Penal), castigado con la pena de prisión de 6 meses a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes blanqueados, pudiendo imponerse asimismo, a criterio del juzgador, la pena de inhabilitación especial para ejercicio de profesión o industria por tiempo de 1 a 3 años, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, también agravado en las sucesivas reformas posteriores.

Sentado lo anterior y, cohonestándolo con la identificación del delito más gravemente penado, de entre todos los concursados, advertimos (con la excepción de los tipos delictivos finalmente atribuidos a los acusados, Gonzalo Bernal García y José Luís Ballester Tuliesa, a los que más adelante aludiremos), que es el delito de falsedad en documento cometido por funcionario público, previsto en el art. 390.1. 2º y 4º del Código Penal, por concurrir en régimen de continuidad delictiva respecto del delito de malversación de caudales públicos del que apreciamos una única conducta punible. Conclusión que, extraemos, de la interpretación, de los argumentos contenidos en la precitada STS 277/2015, de 3 de Junio. En particular, del Fundamento Décimo Tercero, segunda sentencia, cuando dice: ... "Han de ser igualmente reajustadas las penas impuestas..., por el delito de malversación del art. 432.2 que pierde la cualidad de continuado con la

consiguiente apertura del arco penológico (es inoperante el art. 74). Se aprecia en concurso ideal con otras infracciones –prevaricación, falsedad continuada-.....Como se prescinde igualmente de la posibilidad agravatoria que la continuidad delictiva habilitaría para el delito de falsedad (art. 74.1), con capacidad para situarse en la pena superior en grado (hasta siete años y seis meses, más la multa) partimos de la penalidad del delito de malversación...”). Afirmación que, con base en este mismo criterio interpretativo-como anunciábamos- quiebra respecto de los tipos delictivos atribuidos a los acusados, Gonzalo Bernal García y José Luís Ballester Tuliesa, en la medida en la que, respecto de estos acusados, apreciamos un único delito de falsedad concursado con un único delito de malversación (y con un delito continuado de prevaricación). Por lo tanto, en este supuesto, el delito más gravemente penado, es el delito de malversación, fijándose la determinación penológica correspondiente, con base en el marco punitivo que la norma atribuye a tal figura delictiva. Debiendo precisar que, la conducta que incardinamos en el tipo básico de malversación (art. 432.1), en su redacción vigente en la fecha de los hechos, no resultaría subsumible en el tipo básico previsto en la norma actualmente en vigor, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 31 de marzo de 2015, que contempla una penalidad más beneficiosa para los acusados, sino que, en atención a la cuantía que estimamos malversada, debería incardinarse en el subtipo agravado que recoge el actual art. 432.3 del Código Penal, que contempla un marco punitivo más grave (4 a 8 años de prisión, o mitad superior, prevista en su inciso segundo), circunstancia por la que descartamos su aplicación.

En otro orden de cuestiones, la doctrina reciente de la Sala Segunda, reiterada en sucesivas sentencias, de entre las que destacamos la STS 688/2016, de 27 de Julio, ha estimado de aplicación la regla concursal que contempla el art. 77.3 del Código Penal actualmente vigente, a pesar de tratarse de hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, por considerarla más beneficiosa para los acusados. Con base en tal doctrina, advertimos que la determinación penológica que, a continuación fijaremos, nace de la aplicación de tal norma concursal, con arreglo a la interpretación que de la misma realiza la sentencia citada. Siendo además ponderadas, las circunstancias atenuantes apreciadas, la

regla de determinación penológica prevista en el art. 65.3 del Código Penal, las concretas circunstancias del hecho y las concurrentes en sus autores, respetando los límites penológicos peticionados por las acusaciones y, significando, que la ausencia de postulación por parte de aquéllas de la pena de multa que lleva aparejada el delito de falsedad, motiva la imposición de la mínima legalmente prevista (STS 2149/2016, de 19 de mayo, en relación con el Acuerdo del Pleno de 27 de Noviembre de 2007). Con idéntico argumento, determinamos la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta, en un día de privación de libertad. Todo ello cohonestado con la ponderación del tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos hasta el momento presente que, consideramos debe ser atendido, no obstante no advertir la concurrencia de una dilación extraordinaria, que justifique su atenuación (STS 149/2015, de 11 de marzo, entre otras), y con la capacidad económica de los acusados manifestada a partir del acopio documental obrante en autos.

Tales criterios de ponderación nos sitúan en la mayoría de los supuestos en la determinación de la pena mínima o en la situada en su mitad inferior, excepto la pena impuesta a D. Ignacio Urdangarin como autor de un delito de tráfico de influencias que situamos en el máximo legal en atención a las concretas circunstancias personales del autor, derivadas del posicionamiento institucional que ocupaba en la fecha de los hechos-reiteradamente expuesto a lo largo de la presente sentencia- que, a nuestro juicio, le hace merecedor de un mayor reproche penal, siempre limitado a los parámetros penológicos que el legislador ha estimado proporcionados para el concreto ilícito. Y, la impuesta a D. Diego Torres por el mismo delito, que hemos situado en su mitad superior, en atención al hecho de que fue el uso reiterado de tal influencia, en concierto con su socio, el que les procuró la consecución de la contratación. Respecto de este mismo delito, no imponemos la pena de multa que lleva aparejada el tipo penal por cuanto la parte acusadora no solicita cuantía alguna en tal concepto ni ha acreditado el beneficio pretendido u obtenido. Esto es, no obstante advertirse que los acusados obtuvieron un beneficio como consecuencia de ser contratados por la administración, no puede ser calculada la multa en la medida en la que éste no ha podido determinarse (STS 411/2015, de 1 de Julio).

Por otra parte, las penas privativas de derechos vienen constituidas por la pena de inhabilitación absoluta (malversación) que imponemos a los acusados, Gonzalo Bernal García y José Luís Ballester Tuliesa. Dicha pena, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del Código Penal, produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Además, conlleva la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena. Y, la pena de inhabilitación especial, inherente a los delitos de falsedad y fraude a la administración, que estimamos concurrentes. Tal pena, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 del Código Penal, produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Conlleva, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. Finalmente, dispone el precepto que, en la sentencia, deberán especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

En tal sentido, tomando en consideración el ámbito en el que se proyecta la actividad delictiva que se ha estimado probada (tanto respecto de los particulares como de las autoridades y funcionarios públicos acusados) y los cargos o empleos públicos desempeñados por sus autores al tiempo de los hechos- conforme al criterio que ha venido sosteniendo esta Audiencia en anteriores sentencias-, consideramos proporcionado al presente caso, imponer a los acusados D. Diego Torres Pérez, D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Gonzalo Bernal García, D. José Luís Ballester Tuliesa, D. Juan Carlos Alía Pino y D. Miguel Ángel Bonet Fiol, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares. Esta misma pena se impondrá al acusado D. Jaume Matas Palou, que ampliamos al ámbito estatal, en atención a la circunstancia de que, el acusado, cometió los ilícitos penales que hemos estimado probados, cuando ostentaba el cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares. Esto es, cuando se hallaba investido de la máxima autoridad que puede ostentar un cargo público en el

ámbito autonómico, por cuanto a él correspondía, la más alta representación de la Comunidad Autónoma y- no olvidemos-, la ordinaria representación del Estado en las Islas Baleares (art. 56. 1 (Título IV. De las instituciones de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears) del Estatuto de Autonomía de Les Illes Balears).

En su consecuencia, los criterios de ponderación que hemos venido exponiendo- en su conjunto valorados- nos conducen a establecer la determinación penológica siguiente:

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

Como autor responsable de un delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 del Código Penal, con aplicación del art. 65.3 del Código Penal y la circunstancia atenuante simple de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, la pena de 7 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 4 años y 6 meses.

Como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el art. 429 del Código Penal, a la pena de 1 año de prisión.

Como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado, en el artículo 305.1 del Código Penal, respecto del que, además de los criterios de ponderación anteriormente expuestos, atendemos al monto total de la cuota defraudada, corresponde imponer la pena de 1 año de prisión y multa del duplo de la cuota defraudada, 259.478,38 euros.

Como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado, en el artículo 305.1 del Código Penal, respecto del que, además de los criterios de ponderación anteriormente expuestos, atendemos al monto total de la cuota defraudada, corresponde imponer la pena de 1 año de prisión y multa del duplo de la cuota defraudada, 253.075,30 euros.

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

Como autor responsable de un delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 del Código Penal, con aplicación del art. 65.3 del Código Penal, corresponde imponer la pena de 8 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 5 años.

Como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, previsto y penado

en el art. 429 del Código Penal, corresponde imponer la pena de 10 meses de prisión.

Como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado, en el artículo 305.1 del Código Penal, respecto del que, además de los criterios de ponderación anteriormente expuestos, atendemos al monto total de la cuota defraudada, corresponde imponer la pena de 2 años de prisión, multa del triplo de la cuota defraudada, 1.034.305, 86 euros.

Como autor de un delito de blanqueo de capitales, previsto y penado en el art. 301 del Código Penal, corresponde imponer la pena de 2 años de prisión y multa del tanto al duplo del valor de los bienes blanqueados que asciende a la cantidad de 689.537,24 euros (resultante de aplicar el duplo a la cuota defraudada posteriormente blanqueada que importa la cantidad de 344.768,62 euros).

3.- Respecto de D. Jaume Matas Palou como autor responsable de un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal, respecto del que concurre la circunstancia atenuante analógica de confesión prevista en el art. 21.7 del Código Penal, en relación con el art. 21.4 del mismo texto legal, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público, prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal, respecto de los que concurre la atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, la pena de 3 años de prisión, multa de 7 meses y 17 días, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público estatal, autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 3 años.

Como autor responsable de un delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 del Código Penal, respecto del que concurre la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el

art. 21.5 del Código Penal y la atenuante analógica de confesión prevista en el artículo 21.7 del Código Penal en relación con el art. 21.4 del mismo texto legal, la pena de 8 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público estatal, autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 4 años.

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

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

5.- Respecto de D. Gonzalo Bernal García como autor penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, en concurso medial con un delito de falsedad cometida por

funcionario público prevista y penada en el art. 390.1.2º y 4º del Código Penal y con un delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432.1 del Código Penal, concurriendo respecto de todos los delitos, la atenuante de colaboración prevista en el art. 21.7 del Código Penal y la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal, a la pena de 9 meses y 2 días de prisión que se sustituye, con arreglo al art. 88 del Código Penal a la pena de 18 meses y 4 días de multa, con un cuota diaria de 6 euros, e inhabilitación absoluta por tiempo de 1 año, 6 meses y 2 días.

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

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

meses y dos días.

7.- Respecto de D. Miguel Ángel Bonet Fiol, como autor responsable de un delito de falsedad documental cometido por funcionario público en concurso medial con un delito de prevaricación a la pena de 1 año y 2 días de prisión que se sustituye de conformidad con lo previsto en el art. 88 del Código Penal, por la pena de 24 meses y 4 días de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, multa de 1 mes y 17 días, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago de la multa, e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 6 meses y dos días.

NOVENO.- RESPONSABILIDAD CIVIL.

1.- En concepto de responsabilidad civil, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 109 y siguientes, y 116 del Código Penal y, al amparo de los principios de rogación y dispositivo que sujetan al Tribunal al concreto petitum formulado por las acusaciones, los acusados D. Gonzalo Bernal García, D. José Luís Ballester Tuliesa, D. Jaume Matas Palou, D. Diego Torres Pérez y D. Ignacio Urdangarin Liebaert deberán satisfacer a la Fundación Illesport la cantidad de 445.000 euros y la cantidad de 150.000 euros más IVA (174.000 euros), de acuerdo con los porcentajes solicitados por las acusaciones (Ministerio Fiscal y Abogacía de la CAIB)- a los que se aquietó la acusación popular representada por el Sindicato Manos Limpias de acuerdo con las alegaciones realizadas en el tramo final de su informe, en el que llegó a anunciar la renuncia a oponer el correspondiente recurso respecto del pronunciamiento que, en relación a dicha pretensión, realizara el Tribunal-, proporcionalmente distribuidos en atención al perjuicio o daño derivado de su concreta participación en el delito. En particular, D. Gonzalo Bernal García deberá satisfacer el 0.50% y D. José Luís Ballester Tuliesa, el 2%, distribuyéndose el 97,50% restante a partes iguales entre D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Diego Torres Pérez y D. Jaume Matas Palou.

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

2.- Por lo que respecta a la pretensión acusatoria concernida a la declaración de nulidad de los contratos administrativos celebrados, la Sala no obstante advertir su originaria ilicitud con relevancia penal, en tanto nacidos de la decisión unilateral previa de la autoridad, con omisión de las normas de procedimiento aplicables, no advena, de acuerdo con los argumentos que han venido exponiéndose a lo largo de la presente sentencia, que la contratación de tal modo realizada careciera de toda utilidad pública y no procurara un retorno positivo para la administración. El patrocinio del equipo ciclista y los eventos celebrados sobre turismo y deporte guardaban estrecha relación con la pretensión última que servía de justificación a su contratación, cual era, procurar la desestacionalización del turismo. Sus organizadores disponían de la cualificación necesaria para la consecución del fin último pretendido y, todos los asistentes coincidieron en señalar el exitoso resultado de los proyectos contratados. Por otra parte, los servicios convenidos fueron en su mayor parte ejecutados de tal modo que, en una elevada proporción, la administración recibió la contraprestación pactada. En su consecuencia, la reversión de la contratación a un estado inicial previo, mediante la declaración de nulidad de los contratos celebrados, provocaría como resultado, en el presente supuesto, que la Administración quedara liberada de las obligaciones que asumió, recuperando las cantidades invertidas en cada uno de los proyectos. Con el consiguiente perjuicio para los particulares quienes deberían soportar en exclusiva el coste de los eventos celebrados. Las circunstancias aquí advertidas revelan una imposibilidad absoluta de retornar al estado de cosas anterior a la celebración de los contratos, debiendo resolverse el perjuicio real sufrido por la Administración a través de la responsabilidad civil que declaramos concurrente, concernida a las prestaciones convenidas que, según ha resultado acreditado, no fueron realmente ejecutadas o a los servicios cuyo pago no correspondía a la administración.

3.- A continuación corresponde analizar la pretensión sostenida por la Abogacía del Estado relativa al devengo de los intereses de demora como integrantes de la

responsabilidad civil derivada del delito fiscal. En tal sentido, debemos comenzar por precisar que, la naturaleza de la responsabilidad civil en los delitos fiscales ha resultado muy controvertida. En particular, respecto a si dicha responsabilidad debe o no incluir el abono de los intereses de demora.

La cuestión debatida fue resuelta por la reforma penal operada en 2010 (LO 5/2010) que despeja toda duda al respecto y dispone que la responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria, incluidos sus intereses de demora (Artículo 305.5º). Extremo que se reitera en la redacción del precepto conferida por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, concretamente en el apartado 7º del art. 305. En el mismo sentido, la Disposición Adicional Séptima de la Ley General Tributaria dispone: "En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio".

Por lo que respecta a los supuestos anteriores a la reforma legal, la doctrina de la Sala Segunda ha recordado reiteradamente el carácter de norma penal parcialmente en blanco del delito fiscal, que debe complementarse en el ámbito sustantivo por remisión a la normativa tributaria. Y, si esa remisión debe ser aplicada para la determinación de la cuota tributaria defraudada, lógico es que deba igualmente aplicarse para determinar el interés que el defraudador debe abonar desde el vencimiento de la deuda tributaria impagada. En tal sentido, la norma tributaria resulta clara. Así, el art. 58 LGT establece que la deuda tributaria estará constituida, por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta, incluyendo, entre otras magnitudes, el interés de demora.

El interés de demora aparece definido en el art. 26 LGT como: "Una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera del plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa

tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria". También se determina que el interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquél resulta exigible, incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos del Estado establezca otro diferente.

Esta interpretación se sustenta en los razonamientos jurídicos contenidos en la STS 832/2013, de 24 de Octubre y, por remisión de ésta, en los contenidos en las SSTS 606/2010, de 25 de Junio, 163/2008, de 8 de Abril y en la de 26 de Diciembre de 2001. Debemos añadir que, aún cuando la STS 539/2003, de 30 de Abril, excluyó la aplicación de los intereses de demora en atención a su naturaleza sancionatoria. Tal criterio fue finalmente descartado tanto en el ámbito de la jurisdicción contenciosa como por el Tribunal Constitucional (STC 76/1990, de 26 de Abril), que considera los intereses de demora como reparadores del perjuicio ocasionado por el retraso en el pago y, no sancionatorios.

En su consecuencia, a todas las cantidades referidas deberán adicionarse los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada, que se computarán a partir de la finalización del plazo voluntario de pago de que se trate en cada supuesto, conforme el art. 30 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 58 de la Ley General Tributaria, hasta el dictado de esta sentencia. Y, a partir de la misma, se aplicarán los intereses del art. 576 de la Ley 7/2000, de 7 de Enero.

Por lo tanto y, de acuerdo con los razonamientos expuestos, D. Ignacio Urdangarin Liebaert deberá satisfacer la cantidad 129.739,19 euros y la cantidad de 126.537,65 euros y D. Diego Torres Pérez la cantidad de 344.768,62 euros, correspondientes a las cuotas tributarias defraudadas en el IRPF. Ambas cantidades devengarán los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada, que se computarán en los términos anteriormente expuestos.

4.- Seguidamente, corresponde abordar la pretensión acusatoria postulada en relación con la participación a título lucrativo prevista en el art. 122 CP.

Al respecto, la STS 447/2016, de 25 de mayo precisa que el partícipe a título lucrativo no es un responsable penal. Su responsabilidad es exclusivamente civil, por más que se ventile en un proceso penal. A esta conclusión no se opone el hecho de que esa responsabilidad se derive de una acción delictiva ejecutada por otro. Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad civil directa declarada en sentencia constitutiva, que en nada puede confundirse con la responsabilidad criminal.

Tal responsabilidad no debe someterse al mismo juicio de reproche que nutra de fundamento a la declaración de culpabilidad penal. Debe advertirse una desconexión con el delito objeto de enjuiciamiento, tanto en relación a su autoría y participación, como respecto a la eventual posibilidad de comisión por un tercero de un delito de encubrimiento. El partícipe a título lucrativo, por definición, no puede tener conocimiento alguno del hecho típico ejecutado por otro y del que se derivan sus activos patrimoniales. Esto es, participa de los efectos del delito o, dicho de otro modo (reproduciendo en su literalidad los términos recogidos en la STS 447/2016, de 8 de noviembre), “participa del delito, pero no en el delito”.

La STS 57/2009, de 2 de Febrero dispone que el artículo 122 del Código Penal recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil. Para ello es indispensable: 1) que exista una persona física o jurídica que hubiera participado de los efectos de un delito, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de dónde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del “crimen receptationis” en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3) la

valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación”.

La sanción del resarcimiento establecida en este artículo no exige que se acredite a qué dedicó el responsable lucrativo los bienes percibidos, sólo exige que los haya aprovechado, incorporándolos a su patrimonio. Estimándose, cuando se trata de fondos (dinero), remansados en cuentas corrientes que, por su fungibilidad, tal incorporación al patrimonio se produce desde su ingreso. En su consecuencia, una vez ingresado el producto delictivo en el patrimonio del tercero ajeno a la conducta ilícita, debe responder civilmente frente a los perjudicados, sin que sea exigible para el nacimiento de la responsabilidad-como anticipábamos- acreditar el destino conferido a los bienes percibidos.

En otro orden de cuestiones, el resarcimiento del partícipe a título lucrativo no debe privilegiarse liberándole del abono de los intereses que son de naturaleza civil. En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala Segunda (SSTS 618/2016, de 8 de Julio, 605/2009, de 12 de mayo y 394/2009, de 22 de Abril, todas ellas citadas en la STS 845/2016, de 8 de noviembre) parte del criterio de que la acción civil “ex delicto” no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el procedimiento penal, so pena de establecer agravios comparativos o injusticias, según decida el perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o se reserve para hacerlo en el oportuno proceso civil.

Sentado lo anterior, estimamos que ambas esposas desconocían la existencia de los ilícitos penales (delito fiscal y malversación) y, consecuentemente, no participaron en su ejecución. Ello no obstante, el dinero ingresado en las cuentas titularidad de la sociedad Aizoon, SL y de las entidades del entramado “Nóos”, ocultado y sustraído a la correspondiente tributación y, la cantidad malversada, integrada en el reparto de beneficios- realizado conforme hemos venido argumentando-, se incorporó al patrimonio de ambas esposas desde que fue ingresado en cuentas corrientes de las que gozaban de plena disponibilidad. En el

caso de Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, consta acreditado documentalmente que, a través de la tarjeta de su titularidad, asociada a las cuentas corrientes de la mercantil Aizoon, cargó gastos familiares, beneficiándose de las cantidades ingresadas (folios 27.301, 27.302, 27.304, 27.306 y 27.307, 27.313 y 27.314, 37.315 a 27.317, 27.341 y 27.342 a 27.359, 27.346 y 27.347, 27.349, 27.358, 27.369, 27.374, 27.415 y 27.416, 27.430 y 27.431, 27.494 y 27.495, 27.321 a 27.375, 27.323 a 27.378). Del mismo modo, Ana María Tejeiro disfrutó de los rendimientos que, con ocasión de distintos traspasos y movimientos, acabaron remansados en las cuentas particulares del matrimonio Torres-Tejeiro.

En la medida en la que el resarcimiento debe determinarse por la cuantía de la participación, al amparo de los principios dispositivo y de rogación que presiden el ejercicio de la acción civil, fijamos la cuantía hasta la que debe responder por tal título, respecto de Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, en la cantidad de 128.138,42 euros. Y, respecto de Dña. Ana María Tejeiro Losada, hasta la cantidad de 172.384.31 euros que se corresponde con el 50% de las cuotas dejadas de ingresar al erario público, relacionadas con el IRPF de sus esposos. Asimismo y, respecto de la cantidad malversada (445.000 euros), en atención a los porcentajes de reparto de beneficios correspondientes al ejercicio 2007 (dado que el ingreso de esta cantidad se halla contabilizado en dicho ejercicio (f. 19.628), que se sitúan en el 58% para Diego Torres y en el 42% para Ignacio Urdangarin (f. 19.648), concluimos que, Diego Torres ingresó como beneficio, la cantidad de 258.100 euros, e Ignacio Urgandarin la cantidad de 186.900 euros. Por tal causa, se fija la cantidad que, por tal concepto, deberá satisfacer Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia en 93.450 euros, correspondiente al 50% del beneficio ingresado por su esposo y, la cantidad a satisfacer por Dña. Ana María Tejeiro, en 129.050 euros.

En idéntico sentido, debemos proceder respecto de la cantidad de 174.000 euros. En el año 2004, fecha en la que fue abonada tal cantidad a NCE, SL, el reparto entre los socios era del 50%, esto es, 87.000 euros cada uno, debiendo atribuirse a cada una de las esposas, la mitad de dicha cantidad en concepto de

responsabilidad a título lucrativo, esto es, 43.500 euros, importando el total hasta, el cual, debe responder Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, la cantidad de 265.088,42 euros y, el total, hasta el que debe responder Dña. Ana María Tejeiro Losada, la cantidad de 344.934,31 euros. Tales cantidades devengarán el interés legal de conformidad con lo dispuesto en el art. 576 LEC.

En cuanto a la alegación realizada por la defensa de Dña. Cristina de Borbón relacionada con la extinción de la acción civil, debemos significar que tal acción nace de la ilicitud civil de un enriquecimiento ilícito (STS 20 de noviembre de 2014), que se declara mediante la presente sentencia, por lo que dicha acción no está extinguida, sin perjuicio de los efectos que la consignación efectuada pueda desplegar en trámite de ejecución de sentencia.

DÉCIMO.- COSTAS PROCESALES.

1.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 123 del CP las costas procesales deberán imponerse a las personas criminalmente responsables de delito o falta. No obstante dicha previsión genérica, especifica el art. 240.2º de la LECrim que, al condenar a los procesados al pago de las costas, se señalará "la parte proporcional de que cada uno debe responder, si fueren varios". En tal sentido, se pronuncian las SSTS 379/2008, de 12 de Junio y 275/2011, de 14 de Abril- entre otras- al disponer, en síntesis, que cuando son varios los delitos objeto de acusación y, existe condena por unos y, no por otros, deben hacerse las partes correspondientes para imponer las costas respecto de aquellas infracciones por las que se condena y, declararlas de oficio, con relación a las que fueron objeto de acusación y se ha emitido un pronunciamiento absolutorio. Del mismo modo debe procederse cuando son varias las personas acusadas y, unas son absueltas y, otras, no. Abunda en ello la STS 676/2014, de 15 de Octubre que, además, determina el modo en el que debe procederse a su cálculo.

En el supuesto presente, tomando en consideración el número de delitos objeto de acusación y, de acusados, la circunstancia de que no todos ellos son acusados

por todos los delitos y, la diversidad de pronunciamientos que cada uno de ellos ha merecido, el cálculo de las costas procesales se realizará individualizadamente respecto de cada una de las infracciones penales objeto de acusación.

Así, respecto del delito de prevaricación, son 16 las personas acusadas y sólo 7 de ellas han sido condenadas por tal ilícito. De modo que, los acusados Jaume Matas Palou, José Luís Ballester Tuliesa, Gonzalo Bernal García, Juan Carlos Alía Pino, Miguel Ángel Bonet Fiol, Diego Torres Pérez e Ignacio Urdangarin Liebaert, deberán satisfacer cada uno de ellos 1/16 parte de las costas procesales, declarándose de oficio 9/16 partes restantes; del delito de fraude a la administración, 15 son las personas acusadas y únicamente 5 han resultado condenadas por tal ilícito. Por lo tanto, Jaume Matas Palou, Diego Torres Pérez, Ignacio Urdangarin Liebaert, Gonzalo Bernal García y José Luís Ballester Tuliesa deberán satisfacer, cada uno de ellos, 1/15 parte de las costas procesales causadas, declarándose de oficio las 10/15 partes restantes; del delito de malversación de caudales públicos, 14 son los acusados y, únicamente han resultado condenados 5 de ellos. En su consecuencia, Jaume Matas Palou, José Luís Ballester Tuliesa, Gonzalo Bernal García, Diego Torres Pérez e Ignacio Urdangarin Liebaert, deberán satisfacer, cada uno de ellos, 1/14 parte de las costas procesales causadas, declarándose de oficio las 9/14 partes restantes; del delito de falsedad en documento público, 15 son los acusados y, únicamente, 7 de ellos han resultado condenados. En su consecuencia, Jaume Matas Palou, Juan Carlos Alía Pino, Miguel Ángel Bonet Fiol, José Luís Ballester Tuliesa, Gonzalo Bernal García, Diego Torres Pérez e Ignacio Urdangarin Liebaert, deberán satisfacer, cada uno de ellos, 1/15 parte de las costas procesales, declarándose de oficio las 8/15 partes restantes; del delito de falsedad en documento mercantil, 8 son las personas acusadas y ninguna de ellas ha resultado condenada por tal ilícito, debiendo declararse de oficio las costas correspondientes al mismo (8/8 partes); del delito de falsedad documental cometida por particulares, 6 son las personas acusadas y, ninguna de ellas ha sido condenada por tal ilícito, debiendo declararse de oficio las costas correspondientes al mismo (6/6 partes); del delito de tráfico de influencias 9 son los acusados y, sólo dos de ellos han sido condenados. En su consecuencia,

Diego Torres e Ignacio Urdangarin deberán satisfacer, cada uno de ellos, 1/9 parte de las costas procesales, declarándose de oficio las 7/9 partes restantes; del delito de estafa, cuatro son las personas acusadas y, ninguna de ellas ha resultado condenada, debiendo declararse de oficio las costas correspondientes a tal ilícito (4/4 partes); del delito de estafa intentada cuatro son las personas acusadas y, ninguna de ellas ha resultado condenada, debiendo declararse de oficio las costas correspondientes a tal ilícito (4/4 partes); del delito contra la hacienda pública, son 6 los hechos ilícitos objeto de acusación y, cuatro las personas acusadas, dos de ellas por dos de los ilícitos, resultando absuelta una de ellas por los dos ilícitos y, otra, por el delito por el que venía siendo acusada. De este modo, Ignacio Urdangarin Liebaert que ha sido condenado por los dos ilícitos por los que era acusado y, Diego Torres Pérez, que también lo ha sido por el ilícito objeto de acusación, deberán satisfacer 2/6 partes y 1/6 de las costas procesales, respectivamente, declarándose de oficio las 3/6 partes restantes; finalmente, del delito de blanqueo de capitales, 6 son las personas acusadas y, únicamente, una de ellas han resultado condenada. Consecuentemente con ello, Diego Torres Pérez deberá satisfacer, 1/6 parte de las costas procesales, declarándose de oficio las 5/6 partes restantes.

De ello resulta que se declaran de oficio 73/103 partes de las costas procesales causadas. Las 30/103 partes restantes, se distribuyen del modo siguiente: Jaume Matas Palou, deberá satisfacer 4/103 partes; José Luís Ballester Tuliesa, 4/103 partes; Gonzalo Bernal García 4/103 partes, Juan Carlos Alía Pino, 2/103 partes; Miguel Ángel Bonet Fiol, 2/103 partes; Diego Torres Pérez, 7/103 partes; Ignacio Urdangarin Liebaert, 7/103 partes.

2.- Respecto de las costas causadas a la acusación particular, la STS 531/2015, de 23 de septiembre, recuerda la necesidad de la expresa reclamación de la condena en costas, en la medida en la que, tal reconocimiento, no es inherente a la condena penal, por más que se estime en la mayoría de los casos. Resultando suficiente una petición genérica de condena en costas porque se sobreentiende que implica la petición de inclusión de las causadas a la acusación particular.

A este respecto, habiendo solicitado expresamente la Abogacía del Estado y la Abogacía de la CAIB la condena de los acusados al pago de las costas a dicha parte generadas con ocasión de su intervención en el presente procedimiento como acusación particular, estimamos, dada la corrección de su intervención en el postulado de sus pretensiones acusatorias, que la condena en costas, deberá incluir el pago de las causadas a dichas partes.

3.- Por lo que respecta a la condena al pago de las costas causadas a la acusación popular debemos precisar, en primer lugar- como ocurre respecto de la condena en costas de la acusación particular- la necesidad de su expresa reclamación (STS 531/2015, de 23 de Septiembre). En tal sentido y, por lo que respecta a la condena al pago de las costas causadas a la acusación popular, la STS 977/2012, de 30 de Octubre sienta, como criterio general, el de su exclusión. En el fundamento de derecho undécimo de la meritada resolución se lee:

“...Pese a la indefinición legal, la jurisprudencia sobre esta materia es muy clara: con algunas excepciones singulares, la condena en costas no puede comprender las ocasionadas por la acusación popular pues supondría cargar al condenado unos gastos que no era necesario ocasionar (SSTS 224/1995, de 21 de Febrero, 649/1996, de 2 de Febrero, 2/1998, de 29 de Julio, 1237/1998, de 24 de octubre, 515/1999, de 29 de marzo, 703/2001, de 28 de abril, 1490/2001, de 24 de julio, 1811/2001, de 14 de mayo, 1798/2002, de 31 de Octubre, 149/2007, de 26 de febrero o 1318/2005, de 17 de noviembre)”.

En idéntico sentido se pronuncia la STS 1068/2010, de 2 de Diciembre cuando sostiene que el ejercicio de la acción popular por el que califica como “ente no imbrincado en la dinámica delictiva”, no puede dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), cuando concurre una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal. Se interpreta que, acceder a tal pedimento, supondría una repercusión económica sobreañadida para el acusado condenado. Y, las SSTS 947/2009, de 2 de Octubre y 903/2009, de 7 de julio, cuando disponen que el acusado no tiene por qué soportar las consecuencias económicas

derivadas de la intervención de quienes, no siendo perjudicados por el delito, se personan en la causa en defensa de un interés público que se presume respaldado por el Ministerio Fiscal (en idéntico sentido, la STS 717/2015, de 28 de Octubre y, la STS 41/2013, de 23 de Enero).

En síntesis, el criterio general mantenido por la Sala Segunda es el de considerar que, el ejercicio de la acción popular, en tanto que previsto para personas físicas o jurídicas no directamente afectadas por los hechos delictivos, no puede dar lugar a una repercusión de las costas debidas a su iniciativa procesal. Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, dotado de razonable fundamento, y cuya vigencia con carácter general no parece que pueda cuestionarse. Halla sustento en el dato de que en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente.

No obstante el principio general expuesto, son admitidas algunas excepciones: a) los supuestos de ejercicio de la acción popular en defensa de intereses difusos (SSTS 1811/2001, de 14 de mayo; 1318/2005, de 17 de noviembre, 149/2007, de 26 de febrero; 381/2007, de 24 de abril; o 413/2008, de 30 de junio). Esto es, cuando se trata de delitos, que afectan negativamente a los que se conocen como "intereses difusos", el daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados "de tercera generación" (como los medioambientales), de difícil encaje en la categoría de derecho subjetivo convencionalmente entendido (forma jurídica habitual de los bienes penalmente tutelados) que, en general, presupone como titular al individuo singularmente considerado, o en todo caso, individualizado o identificable como tal. En cambio, esta otra aludida categoría de derechos vive en una dimensión que es siempre transpersonal, ya que interesan directamente a sujetos colectivos, integrantes de grupos humanos indeterminados y abiertos. En algunos casos, puede decirse que, en rigor, lo hacen a la ciudadanía en general, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente STS 125/2016, de 22 de Febrero); b) algunos casos en que podría hablarse de una acusación "cuasi-popular" por cuanto su interés no es del todo ajeno a los del perjudicado directo

que viene a asumir, aunque haya tenido que amoldar su personación a la figura del acusador popular por el concepto más estricto de ofendido por el delito (vid. STS 1185/2008, de 2 diciembre); c) cuando su actuación haya sido imprescindible, decisiva y determinante, de forma que pueda concluirse que el delito no se hubiese sancionado sin la concurrencia de esa acusación popular (STS 692/2008, de 4 de noviembre,- aún cuando la idea está expresada no como "ratio decidendi" sino como "obiter dicta"). Incluso, la STS 413/2008, de 30 de junio llega a conceder que ni siquiera sea imprescindible que el Fiscal no ejercitase pretensión acusatoria, bastando con identificar actuaciones procesales exclusivas del actor popular que se hayan revelado como verdaderamente decisivas (o a sensu contrario, STS 49/2007, de 26 de noviembre).

Ello no obstante, la jurisprudencia de la Sala Segunda apuesta por mantener, con la máxima rigidez, el principio general antedicho y, en consecuencia, admite desde una perspectiva muy restrictiva tales excepciones. Justifica su posicionamiento en la necesidad de evitar fisuras en ese principio general consolidado que -argumenta-, de no mantenerse, abriría paso a la que denomina "perturbadora proliferación de acusaciones populares profesionalizadas" a las que atribuye, como exclusivo propósito particular -contrario a la esencia y origen de la institución (expresión de una preocupación ciudadana por los intereses generales)-, obtener unos honorarios seguros mediante su personación sistemática en procedimientos en los que, siendo su intervención perfectamente prescindible, puede pronosticarse una alta probabilidad de quien es o puede ser solvente.

En el presente supuesto, haciendo nuestros los argumentos contenidos en la STS 831/2014, de 27 de noviembre, advertimos que no nos hallamos ante los derechos de tercera generación contemplados en la STS 1318/2005, cuya defensa reclama el concurso de asociaciones o agrupaciones colectivas. Ni la actuación procesal de la acusación popular, ha aportado elementos determinantes de forma que pudiese llegar a considerarse que ha servido para suplir omisiones o déficits de la acusación pública. Tampoco concurre esa proximidad con la persona física ofendida necesitada de tutela que sirvió de

argumento para una de las excepciones al principio general (STS 831/2014, de 27 de noviembre).

En el supuesto contemplado en esta causa, lo que se conculca es el principio de legalidad, en la vertiente relativa a la actuación administrativa, que tiene, por imperativo constitucional y legal, en todo, un valedor directo en el ministerio público, que se ha mostrado activamente presente en este procedimiento. Sin que, el criterio discrepante que ha venido manteniendo, en relación con la acusación popular, disminuya en absoluto la relevancia de su actuación en pro de la persecución de las conductas criminales objeto de esta causa.

Es por ello que, descendiendo in casu, debe estarse al criterio generalmente seguido en la aplicación de los artículos 123 y 126 del Código Penal, excluyéndose de la condena en costas las de la acusación popular (STS 125/2016, de 22 de Febrero).

3.- Finalmente, debemos abordar la pretensión postulada por la defensa de D. Alfonso Grau Alonso y, por la defensa de Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, concernidas ambas, a la postulación de condena en costas a las acusaciones populares ejercidas por D. Joan Calabuig y Otros y, por el Sindicato Manos Limpias, respectivamente. Y, la solicitada por la defensa de Dña. Ana María Tejeiro.

Respecto de tal pretensión-como venimos sosteniendo-, predomina la tesis que exige petición previa de alguna de las partes. No como consecuencia del principio acusatorio sino como consecuencia del principio de rogación, en la medida en la que, la petición de una sentencia absolutoria no implica necesariamente que se reclamen las costas para la acusación no pública.

Sentado lo anterior, la condena en costas a una acusación exige razonar, aún de forma sucinta o implícita-en aquellos supuestos en los que aparezca con obviedad-, por qué se estima que en la actuación de la acusación se detecta mala fe o temeridad (STS 863/2014, de 11 de Diciembre). Sin que sirva de

justificación a tal pronunciamiento, el hecho de que el Ministerio Fiscal no haya formulado acusación en ejercicio de una posición procesal plenamente congruente con sus funciones constitucionales, por cuanto tal ausencia de pretensión acusatoria no convierte de forma automática en temerario el posicionamiento de otras acusaciones particulares o populares. Es decir, tal pronunciamiento requiere justificar que su actuación estaba inspirada por la mala fe, carente de la mínima prudencia y medida exigible a quien sienta en el banquillo a un ciudadano para quien se reclama la imposición de una pena. Sin un elemental fundamento, el ejercicio del derecho a constituirse en acusación se convierte en abuso cuyas negativas consecuencias económicas no debe cargar al acusado absuelto.

Tal necesidad de motivación nace del hecho de que no nos hallamos ante una aplicación automática de tales costas, como ocurriría de imperar en esta materia el “principio objetivo o del vencimiento”, sino que requiere, de una adecuada argumentación que la sustente (STS 720/2015, de 20 de Octubre, STS 16 de noviembre de 2015).

Por otra parte, la existencia de un comportamiento procesal que evidencia la mala fe e inconsistencia de las acusaciones se justifica por las siguientes razones: a) por la no aportación de fuentes de prueba; b) por el cambio de versión de la víctima que de haberse producido antes del juicio hubiera llevado a que los hechos se hubieran enjuiciado en otro procedimiento, evitando trámites y dilaciones extraordinarias y gastos desproporcionados para todas las partes; c) el mantenimiento de la acusación ante la inconsistencia palmaria de las pruebas practicadas en el acto de juicio (STS 42/2011, de dos de febrero).

De acuerdo con los criterios de ponderación expuestos, advertimos que la acusación postulada por el Sindicato Manos Limpias frente a Dña. Ana María Tejeiro Losada- relacionada con los hechos objeto de acusación relativos a las Comunidades Autónomas de Baleares, Valencia y Madrid- resultó carente de toda consistencia, en la medida en la que no sólo no aportó al procedimiento acopio probatorio alguno del que pudiera inferirse-siquiera indiciariamente- su

participación en tales hechos. Sino que, además, y pese a resultar palmaria la ausencia de fundamento probatorio alguno dimanante del resultado de la actividad probatoria desplegada durante las sesiones en las que se desarrolló el plenario, mantuvo tal pretensión acusatoria. Su actuación, carente de una mínima prudencia, convierte en abusivo su legítimo derecho a constituirse en acusación y, no justifica que la acusada, que obtuvo un pronunciamiento absolutorio respecto de tales pedimentos, deba pechar con las negativas consecuencias económicas derivadas de tal proceder. En su consecuencia, procede condenar al Sindicato de Funcionarios Manos Limpias a satisfacer el 50% de las costas devengadas en el juicio oral.

Por lo que respecta a la condena de la misma acusación solicitada por la defensa de Dña. Cristina Federica de Borbón y Grecia, debemos comenzar por precisar que, la pretensión acusatoria sostenida por la acusación popular, se cimentó en los argumentos emanados de las resoluciones dictadas por esta Audiencia, mantenidos durante la fase instructora e intermedia del presente procedimiento. Esto es, la pretensión acusatoria sostenida a lo largo de la presente causa por la acusación popular no se apartó de la línea argumental antedicha y, en tal sentido, su posicionamiento procesal no puede calificarse como temerario, perturbador o abusivo. Tampoco puede sustentarse tal consideración en la circunstancia de que el Ministerio Fiscal mantuviera un criterio discrepante respecto de tal pretensión acusatoria. Ello no obstante, el desarrollo de la prueba plenaria permitió a la parte acusadora advertir la debilidad del sustento probatorio que amparaba la pretensión acusatoria relativa al ilícito penal, de tal modo que, tuvo la oportunidad de conducirse con arreglo al mismo- capacidad de la que, por otra parte, dispuso respecto de otras pretensiones acusatorias postuladas, a las que renunció en el trámite de conclusiones definitivas-. Y, en tal sentido, sí advertimos un claro componente perturbador al mantener la acusación con una petición de pena de 8 años de prisión, la máxima legal, prescindiendo por completo del resultado de la prueba plenaria que, a nuestro juicio, justifica la condena a satisfacer las costas del juicio devengadas a la acusada absuelta de dicha pretensión acusatoria.