



Fiscalía nº 76 /17.

**A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

El Fiscal comparece y dice:

Que oportunamente anunció ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, su intención de interponer recurso de casación, por infracción de ley, contra la sentencia de 17 de febrero de 2017, dictada en el Procedimiento Abreviado nº 58/2015, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca,

Persistiendo en su propósito, con este escrito presenta certificación recibida y las correspondientes copias y acomodándose a lo que disponen los artículos 847, 854, 873, 874 y 875 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y dando por reproducido el texto de la sentencia, en calidad de antecedentes, pasa a formalizar el recurso, estableciendo siete motivos.

**MOTIVO PRIMERO.**

Por la vía del art. 849.1º de la LECrim se denuncia indebida inaplicación del art. 432.2 del Código Penal.

**Breve extracto del motivo.**

Aprecia la sentencia de instancia la comisión de un delito de malversación del art. 432.1 del Código Penal vigente al tiempo ocurrir los hechos, en referencia a los contratos del denominado Observatorio Permanente de Turismo y al Plan Estratégico de Turismo, por importe de 445.000 y 175.000 euros, sin embargo, entiende el Tribunal sentenciador que no puede aplicarse el subtipo agravado del art. 432.2 del Código Penal. Discrepando del criterio de la sentencia, se formaliza este primer



motivo, por considerar que la cuantía es por sí suficiente para declarar que la malversación revistió especial gravedad, determinando con ello la afectación del servicio público, conforme exige el subtipo contemplado en dicho apartado del precepto. Se dan, además, otras circunstancias que concurren al sustento de la existencia de daño para el servicio público. Consecuentemente, se habrá de atender a la pena de prisión de cuatro a ocho años, prevista por el legislador, en la redacción vigente al tiempo de cometerse el delito.

### **Consideraciones legales y doctrinales.**

Formalizando todos los motivos por error de derecho conforme al cauce previsto en el art. 849.1º LECrim, se entiende oportuno precisar, desde este momento, su viabilidad, en los términos que se expondrá en el desarrollo de cada uno de ellos, sin que sean óbice las limitaciones que rigen la modificación de sentencias absolutorias, o la aplicación de tipos más graves, en sede casacional, puesto que los hechos declarados en la instancia son respetados en su integridad en el escrito del recurso, y solo se basan las pretensiones postuladas en la aplicación de las normas penales que se interesa. No se generaría, pues, conflicto alguno con los principios probatorios del proceso penal (inmediación, contradicción y oralidad), dado que la discrepancia con la resolución recurrida afecta únicamente a cuestiones estrictamente jurídicas.

Con esta voluntad declarada de sometimiento a la consolidada doctrina constitucional y de esta Excma. Sala en la materia, se desarrollan las razones que vertebran la petición de casación de la sentencia de instancia y el dictado de otra que acoja la declaración de error de derecho.

Se ha destacar en este primer motivo que nos encontramos ante un supuesto de clara y estricta discrepancia jurídica, susceptible de revisión en sede casacional. El Tribunal de instancia ha establecido ya en su sentencia la autoría de los hechos que califica como constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal, estimando la concurrencia tanto del tipo objetivo como subjetivo de dicha previsión sancionadora, que en ese momento establecía la pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de seis a diez años. Siendo así



que lo cuestionado ahora es la interpretación y alcance del apartado segundo del citado precepto, exactamente si la malversación revistió, como se postula, especial gravedad.

Efectivamente, la queja se centra en la posibilidad de subsumir los hechos probados en apartado 2 del art. 432 del Código Penal. Al tiempo de realizar las conductas enjuiciadas, la redacción del artículo, en el apartado interesado, establecía una pena de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años, de forma imperativa, en aquellos casos en que la malversación revistiera especial gravedad, atendido al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, se modifica la redacción, de suerte que al carácter imperativo del subtipo agravado ya referido, el texto hoy vigente une la concreción cuantitativa para el caso de alcanzar el perjuicio o los bienes apropiados un importe superior a 50.000 euros, fijando las mismas penas. Además, se introduce la hiperagravación, cuando el perjuicio o los bienes excedieran de 250.000 euros, siendo imperativa en tal supuesto la aplicación de las penas en su mitad superior. Ello significa que al alcanzar dicho importe se ha de partir de la pena de prisión de seis a ocho años y la de inhabilitación de quince a veinte.

En el caso examinado, abstracción hecha de las consideraciones que se formularán en el siguiente motivo, es lo cierto que se fija la condena por malversación por los hechos descritos respecto del Observatorio Permanente, por importe de 445.000 y 175.000 euros, aplicando el tipo básico previsto en el art. 432. 1. del Código Penal.

Sin perjuicio de dar por reproducidos los hechos probados en su íntegra redacción, conviene recordar que la sentencia, en lo que ahora interesa, declara probado que *“surgieron ciertas desavenencias entre la administración y los representantes de la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada con ocasión de la realización de las actividades relativas al Observatorio Permanente y al Plan Estratégico. A tal efecto, D. José Luís Ballester Tuliesa mantuvo contactos con D. Diego Torres Pérez y, también con D. Ignacio Urdangarin Liebaert quien, pese a haber abandonado "de facto" la Asociación con fecha 20 de Marzo de 2006, a instancia de D. Diego Torres Pérez, intermedió con la*



*finalidad de que D. José Luís Ballester accediera a satisfacer el pago de las cantidades estipuladas en el convenio respecto de tales servicios.*

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

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

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

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



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

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

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

Por estos hechos aprecia el Tribunal de instancia la comisión de un delito de malversación, examinándolos en los fundamentos de derechos de la sentencia, apartado 4.2.7, folios 563 y ss. El fallo contiene un pronunciamiento condenatorio por el delito de malversación del art. 432.1 del Código Penal, en concurso, con otro continuado de prevaricación e incluye también en el concurso el delito, asimismo continuado, de falsedad en documento público, y fija la indemnización por dos cantidades 174.000 y 445.000 euros.

El apartado 4.2.10 folio 571 de la resolución excluye la aplicación del subtipo agravado, argumentando al efecto que es preciso atender a la cantidad sustraída y al daño o entorpecimiento producido al servicio, entendiendo que deben concurrir ambos factores y estimando que no sucede así en el caso enjuiciado.



El fundamento de derecho octavo de la sentencia, aborda de nuevo al tiempo de individualizar la pena la improcedencia de aplicar el art. 432.3 del Código Penal en referencia a su actual redacción, rechazándola al ser más perjudicial para los autores del delito.

No fue esa la petición del Fiscal en la instancia, se persiste ante esta Excm. Sala, en la pertinencia de aplicar del art. 432.2 Código Penal, en la redacción vigente en 2005 y 2006. Es cierto que en lo concerniente al subtipo agravado que examinamos la Jurisprudencia ha propuesto una interpretación restrictiva (STS 2730/1993, de 24 de noviembre; STS 180/1998, de 10 febrero), considerando que han de darse y computarse ambos factores. Pero también ha admitido que, cuando la cuantía es elevada, la concurrencia de ese primer elemento conlleva necesariamente la del segundo.

Ya la redacción previa a la LO 1/2015, del art. 432, exigía que la malversación “revistiera especial gravedad” para integrar el tipo agravado, y a fin de determinar esa gravedad establece como criterios a atender las cantidades sustraídas y el daño o el entorpecimiento para el servicio público. De modo que la especial gravedad podría estar sustentada directamente en el importe de la defraudación, en el entendimiento que cuando esta es elevada, se ve mermada la correcta prestación del servicio público, generando necesariamente daño o entorpecimiento. En ese sentido la STS 784/2012, de 5 de octubre precisa que la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 CP requiere que “se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público” (véase constante jurisprudencia, SSTS 616/2002, de 13 de abril; 381/2007, 24 de abril; 1094/2011, de 27 de octubre; 429/2012, de 21 de mayo). Pero se aprecia el subtipo por razón de la elevada cuantía estimando la concurrencia ya de ambos parámetros, así en SSTS 25-1-2010, 11 de marzo de 2015, 22-3-2013(1919).

Concretando cantidades en sentencia de 3 de mayo de 2015 este Tribunal determina que *“han de computarse y darse ambos factores, si bien cuando la cuantía es muy elevada se considera que de la concurrencia de ese primer elemento ya se deriva necesariamente el segundo (STS 1394/2009, de 25-1-2010; se trataba de*



3.816.667,656 pesetas, o sea, 22.938,083 euros). En lo que respecta al criterio del valor de las cantidades sustraídas, la jurisprudencia ha oscilado en demasía en los distintos supuestos enjuiciados. Así, se consideran cantidades suficientes para apreciar el subtipo agravado las siguientes: 5.544.206 ptas. —33.321 euros— (STS 1519/97, de 1-12); 43 millones de ptas. -258.435 euro- (STS 722/97, de 22-5); 99 millones de ptas. —595.001 euros— (STS 771/99, de 10-5); 71 millones de ptas. —426.718 euros— (STS 616/2002, de 13-4); 43 millones ptas. —258.435 euros— (STS 1615/2002, de 1-10); 40 millones ptas. —240.404 euros— (STS 950/2003, de 1-7); 33 millones de ptas. —198.333 euros— (STS 1706/2003, de 17-12); y 65 millones de ptas. —390.657 euros— (STS 44/2008, de 5-2).

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

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

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

Como confirmación de ese criterio, en el caso examinado, se ha de hacer mención a la modificación llevada a cabo por el legislador en el art. 432.2 del Código Penal. Si bien no cabe aplicar retroactivamente la nueva previsión de este precepto, no puede desatenderse la actual regulación con una finalidad hermenéutica. La imprecisión del texto previo se ve solventada en la redacción hoy vigente al precisar los importes que determinan la agravación. Los hechos enjuiciados tienen lugar en el año 2006, nueve años después el legislador, en un intento de ofrecer mayor seguridad jurídica y dar satisfacción al principio de taxatividad penal, modifica por LO 1/2015 el art 432 del Código Penal. En la nueva redacción resulta ya suficiente la cuantía para la agravación de la pena, siendo así, además que el importe determinante de la concurrencia del subtipo agravado son 50.000 euros, aquellos



casos en los que la defraudación sea superior a esa cuantía, procederá la aplicación del ahora art. 250.3 del Código Penal. Esa concreción no puede pasar inadvertida al tiempo de examinar los hechos ahora enjuiciados.

El importe que en 2015 se entendió bastante para la apreciación de la forma agravada, en el caso examinado se ve multiplicado por doce. El monto de lo defraudado solo con el dinero entregado por los hechos del Observatorio - por los que se aprecia delito de malversación - 445.000 euros, es prácticamente nueve veces mayor de la cuantía que años después ha concretado el legislador como determinante de la aplicación del subtipo agravado. Además, es un importe próximo el doble del que determina la exasperación de la pena, por imposición de la prevista en dicho subtipo agravado en su mitad superior. Pues bien, a ella se unen 175.000 euros igualmente abonados sin soporte en servicio prestado y que, asimismo, se declaran malversados. No puede desconocerse este extremo y mantener el criterio del Tribunal de instancia, negando la existencia de daño o entorpecimiento al servicio público, y, por tanto, la aplicación del art. 432.2 del Código Penal, vigente al tiempo de cometer los hechos. No se pretende con ello la aplicación retroactiva, lo que llevaría necesariamente a la mitad superior de la pena prevista, esto es, la de seis a ocho años de prisión. Se trata de evidenciar, la clara desproporción que supone rechazar la relevancia de la cuantía defraudada, para colmar la exigencia del subtipo interesado. En el caso de autos atendida la suma de las dos cantidades, se ve multiplicado por doce el límite establecido por la ley, nueve años después de cometida la malversación, lo que, junto a los pronunciamientos de esta Sala ya reseñados, abona la procedencia de aplicar el subtipo agravado interesado.

Abundando en esta tesis, como se ha dicho al inicio, no solo es la cuantía la que sustenta en este caso la existencia de entorpecimiento para el servicio, concurren otras circunstancias que se recogen en los hechos probados de la resolución. La Fundación Illes Balears, había sido constituida en 2003 con un capital de 370.000 euros. Solo el importe de esta operación- al margen de los otros contratos por los que se condena por prevaricación continuada- supuso pues un compromiso económico muy superior a su capital social. A lo que se une, conforme declara probado la Sala, que se elaboró un acta de la supuesta reunión de la comisión ejecutiva de la fundación en la que se aprueba la petición al Govern de una aportación económica de





1.000.000 euros para gastos ordinarios, autorizada por su director gerente, el Sr. Bernal, quien elabora el acta. En los fundamentos de derecho corroborando ese extremo, se detalla que se hizo necesaria la ampliación presupuestaria, con motivo de la celebración de los convenios (téngase en cuenta que estos dos contratos formaban parte del convenio Islas Baleares Forum de 2006), con cita por la Sala de los folios 5481 y 5519. Por ende, el entorpecimiento a la causa pública se manifiesta tanto por lo elevado de las cantidades, como por la falta de liquidez que sufrían las entidades públicas, que se comprometían a estos pagos. Resultando que se dispuso de dinero público con destino al cumplimiento de unos contratos celebrados mediante la comisión de un delito continuado de prevaricación, no solo privando de liquidez a la entidades, sino necesitando atraer fondos de otro departamento que, tal vez, hubieran podido tener mejor destino aplicados a otros fines que incumbían tanto a la Fundación Illesport, como a IBATUR. Sin duda, estas circunstancias inciden en la subsunción de los hechos en el precedente art. 432.2 del Código Penal.

Alcanzada esa conclusión, se ha de estar a las reglas concursales del art. 77 del Código Penal en su redacción al tiempo de ocurrir los hechos, no siendo factible una aplicación fragmentaria, que aplique un precepto de un texto y otro del posterior. Así expresamente lo determina, como en modificaciones anteriores, la Disposición Transitoria Segunda de la LO 1/2015: "Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad".

Las consecuencias penológicas, son significativas, pues se ha de tener como delito más grave al apreciar concurso medial - ya acogido en la sentencia- el de malversación, castigado con pena mayor que la falsedad en documento público.

D. Ignacio Urdangarín deberá ser condenado como autor de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del Código Penal en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento público del art. 390.1.2º y 4º del Código penal, así como de malversación, del art. 432.2 del mismo texto legal, aplicando el art. 65.3, al no ser funcionario público y la atenuante simple de reparación del daño.



Es obligado precisar, al tiempo de la individualización de las pena, que la petición formulada ya en la instancia, de descenso en grado para los Sres. Urdangarín y Torres, condiciona la posición del Ministerio Fiscal en sede casacional. Ello en referencia a la solicitada aplicación del art. 65.3 Código Penal que fue atendida por la Sala. No obstante, respetando la petición formulada y su acogida, si bien se ha de mantener el uso de la facultad de aplicar el descenso penológico del art. 65.3 del Código penal, no puede obviarse que, como resulta palmario del factum de la sentencia, estamos refiriéndonos a los instigadores de la realización de estos hechos delictivos que hoy nos ocupan, como aconteciera en la mencionada sentencia de 3-6-2016 de esta Sala. En ella que puede leerse el *"...papel de motor de toda esa secuencia de actividades delictivas, propiciando la corrupción de cargos públicos. Aparece como instigador. Eso justifica que se prescinda de la atenuación que permitiría el art. 65.3 CP: son hechos muy graves y es él quien desencadena toda la secuencia de actividades delictivas enmarcables en lo que se conoce como corrupción animado por un móvil lucrativo: cobra sustanciosamente sus influencias"*. Consideraciones que podrían suscribirse totalmente o darse por reproducidas en el caso examinado, no obstante, interesada la aplicación del precepto en la instancia, no cabe sino atender a la regla penológica que en él se fija y proceder al descenso en grado, al tiempo de individualizar la pena. Pero, una vez producido el descenso que dicho precepto permite, a la pena inferior en grado, se ha de valorar que son precisamente los *extranei* quienes pergeñan la trama delictiva, proponiendo las ilícitas contrataciones y presionando para que se celebraran, siendo ellos los que obtuvieron el beneficio económico derivado de los mismos, en detrimento de las arcas públicas. De ahí que, en el caso de los *extranei*, deban elevarse las penas por encima del mínimo legal, aunque con pleno sometimiento a las reglas legales de dosimetría penal y, se insiste, a la petición formulada en la instancia.

En el caso del Sr. Urdangarín hemos de acudir al delito más grave en su mitad superior, al concurrir malversación del art. 432.2, falsedad del art. 390.1.2º y 4º y prevaricación del art. 404, todos ellos del Código Penal, se ha de fijar, a tenor del art. 77, vigente al tiempo de ocurrir los hechos. Siendo las previstas para el subtipo agravado de malversación la de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años, se ha de partir de la mitad superior de ambas: de 6 a 8 años de prisión y de



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

15 a 20 años de inhabilitación. Procede ahora aplicar el descenso en grado del art. 65.3 Código Penal, y la pena de prisión se sitúa en el arco de 3 a 6 años, en tanto la de inhabilitación comprende de 7 años y 6 meses a 15 años. La concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reparación del daño, obliga a determinar la mitad inferior de las mismas. De ahí que las penas imponibles deban estar comprendidas entre 3 años y 4 años y 6 meses de prisión, y 7 años y 6 meses a 11 años y 3 meses de inhabilitación. Considerando ajustadas la de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación absoluta de 9 años y 6 meses y accesorias.

D. Diego Torres deberá ser condenado por los mismos delitos y reglas concursales, sin apreciación de atenuante, aunque sí el descenso penológico por su condición de *extraneus*. Situados en el descenso por el art. 65.3 Código Penal, las penas, según se ha visto, la pena de prisión se sitúa en el arco de 3 años a 4 años y 6 meses de prisión, e inhabilitación de 7 años y 6 meses días a 15. Por tanto se interesa la pena de prisión de 4 años y 6 meses e inhabilitación absoluta de 10 años, accesorias y costas para el Sr Torres.

D. Jaume Matas Palau es autor responsable, de igual modo, de los tres delitos de prevaricación y falsedad en documento público, ambos continuados en concurso medial con el delito de malversación sin continuidad. Concurren la atenuante simple de reparación del daño como muy cualificada y la atenuante analógica de confesión en los términos ya estimados por la Sala de instancia. La aplicación del art. 77 del Código Penal ha de llevar a la imposición de la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, al ser esta más favorable que la resultante de la sanción separada, como ya se ha visto y procede el descenso obligado en un grado y facultativo en dos. Calculando las penas, de nuevo asumido el concurso, se comprueba que partiendo de las resultantes por aplicación del art. 77, la de prisión mínima es la de 6 años, el grado inferior abarca de 3 años a 6 años, el segundo grado de 1 año y seis meses a 3 años. En lo que a la inhabilitación se refiere partiendo del suelo de los 15 años, por el concurso, el primer descenso comprende de 7 años y 6 meses a 15 años. El segundo grado toma de referencia los 7 años y 6 meses y el mínimo se sitúa en 3 años y 9 meses. Por tanto, respetando la voluntad del Tribunal de descender a las penas mínimas, y vinculados por la petición de penas realizada por el Fiscal en la instancia, que no podemos rebasar, pero también de conformidad



con las normas de dosimetría penal fijada en el Código se interesa la pena de 4 años de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de 3 años y 9 meses, accesorias y costas.

Para D. José Luis Ballester Tuliesa, por los tres delitos de prevaricación continuada, falsedad en documento público y malversación en la modalidad del art. 432.2 del Código Penal instada en este vía, concurriendo las atenuantes ya estimadas en la instancia de reparación del daño y colaboración, se pidió por el Fiscal una pena con descenso en dos grados por razón de las atenuante, a la que hemos de atenernos. Se solicitó la mínima posible de 1 año y 9 meses de prisión y 4 años 4 meses y 15 días de inhabilitación. Calculando las penas, de nuevo asumido el concurso, se comprueba que partiendo de las resultantes por aplicación del art. 77, la de prisión mínima es de 6 años, por lo que el grado inferior abarca de 3 años a 6 años, el segundo grado de 1 año y seis meses a 3 años. De donde se concluye que la mínima posible es la que interesara el Fiscal. En lo que a la inhabilitación se refiere partiendo del suelo de los 15 años, por el concurso, el primer descenso comprende de 7 años y 6 meses a 15 años. El segundo grado toma de referencia los 7 años y 6 meses y el mínimo se sitúa en 3 años y 9 meses. Por tanto, se ha de imponer respetando la voluntad del Tribunal de descender a las penas mínimas, de conformidad con las reglas de dosimetría penal, y vinculados por la petición del Fiscal en la instancia, las penas de 1 año y 9 meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de 4 años y 4 meses y 15 días.

Finalmente, D. Gonzalo Bernal García como responsable de los delitos de prevaricación falsedad y malversación en concurso medial, siendo esta malversación de nuevo la prevista en el art. 432.2 del Código Penal y valorando las dos atenuantes simples de reparación del daño y colaboración, art. 21.5 y 7 Código Penal las penas pertinentes, de nuevo limitados por las interesadas por el Fiscal en la instancia, han de ser de 1 año y 9 meses de prisión, e inhabilitación de 4 años, 4 meses y 15 días.

La responsabilidad civil habrá de mantenerse en la misma cuantía y porcentaje fijados en la sentencia.



## MOTIVO SEGUNDO.

Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim se denuncia indebida inaplicación del arts. 432.1 y 2 y 74 del Código Penal, en la redacción vigente al tiempo ocurrir los hechos.

### Breve extracto:

En motivo se formaliza al discrepar de la sentencia que considera los hechos constitutivos de un delito de malversación de fondos solo respecto de los ocurridos en el año 2006. Ello en referencia parcial al contrato firmado para la celebración de la cumbre de ese año. Entiende este Ministerio Público, que además de dicha malversación y el delito continuado de prevaricación y el asimismo continuado de falsedad, en el contrato de 2006 referido a la primera edición del Fórum Islas Balearse, en 2005, existió un ilícito apoderamiento de fondos, por dos de los acusados, consentido por aquellos otros que estaban encargados de ellos y tenían la función de garantes, estimando que se ha de apreciar la comisión del delito de malversación, art. 432.1 y 2 del Código Penal, como continuado, art. 74 del mismo texto legal.

### Consideraciones legales y doctrinales.

El desarrollo del motivo atiende a la doctrina de esta Sala al declarar: *“Como señalan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo, STS 517/2013, de 17 de junio, STS 1014/2013, de 12 de diciembre y STS 122/2014, de 24 de febrero, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción, incluidos los que afecten a elementos subjetivos del tipo cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva estrictamente jurídica, pero dicha corrección ha de realizarse a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, y sin modificar tampoco los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo.*



*En consecuencia, en el caso actual, el recurso debe resolverse partiendo estrictamente del relato fáctico realizado por el Tribunal sentenciador, sin incluir nuevas valoraciones fácticas, incluidas las de tipo subjetivo". (STS 15-4-15).*

En conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal, interesó la apreciación de un delito continuado de malversación de los artículos 432.2 y 74, del Código Penal, en relación a los convenios de colaboración denominados IB FORUM correspondientes a 2005 y 2006 suscritos entre la Fundación Illesport, el IBATUR y la Asociación Instituto NOOS. Calificación que se estima también conforme con el tenor literal del relato de hechos contenido en la sentencia.

### **Reseña de los hechos probados.**

Sin perjuicio de la remisión al texto completo del relato de hechos probados, conviene destacar algunos apartados de los mismos, en lo que afecta a los convenios de colaboración de los años 2005 y 2006, firmados entre NOOS y la Fundación Illesport para la celebración de sendos Fóruns Illes Balears, a fin de facilitar el desarrollo argumental que sustenta este motivo.

Declara probado la Sala que *“Aproximadamente, a finales del año 2003, D. DIEGO TORRES PÉREZ y D. IGNACIO URDANGARÍN LIEBAERT, decidieron dedicarse conjuntamente al ejercicio de actividades empresariales relacionadas con la consultoría y el diseño y organización de eventos. Ambos acordaron que DIEGO TORRES diseñaría los proyectos y asumiría tareas de dirección de la estructura y los recursos humanos y materiales. Mientras, IGNACIO URDANGARÍN proyectaría su actividad en el ámbito institucional y comercial, proporcionando los contactos necesarios que, al más alto nivel institucional, su privilegiado posicionamiento le procuraba.*

*Con tal finalidad adquirieron la mercantil NOOS CONSULTORÍA ESTRATÉGICA SL...y una asociación denominada ASOCIACIÓN INSTITUTO NOOS DE INVESTIGACIÓN APLICADA, actuando ambas entidades en el tráfico mercantil bajo la denominación común NOOS.*



También se ha de reseñar, en lo que ahora interesa, que *“La Fundación Illesport, dependiente de la Consejería de Presidencia y Deportes, fue constituida por acuerdo del Consell de Govern de fecha 12 de Abril de 2002, con un capital que ascendía a 370.000 euros aportado por las Consejerías de Presidencia (228.384 €) y Bienestar Social (141.237€).”* Igualmente es de resaltar que *“Dicha fundación sirve a un interés público en la medida en la que tiene por objeto la promoción y el desarrollo del deporte balear, individual y colectivo de alto nivel, a través de la captación de recursos económicos de cualquier clase -preferentemente patrocinios públicos y privados- destinados a la financiación de programas de apoyo a los deportistas y de equipos de alto nivel de las Islas”. Y que “La Fundación se halla sujeta en materia de contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, por mor de la aplicación supletoria de la Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de Diciembre”.*

Poco después de constituido entre ambos acusados el entramado societario citado, comienza los contactos con autoridades de Baleares. *“Entre finales del año 2004 y principios del año 2005, D. Ignacio Urdangarin Liebaert y D. Jaume Matas Palou mantuvieron una serie de encuentros, en el curso de los cuales, D. Ignacio Urdangarin propuso al entonces President del Govern, llevar a cabo un evento relacionado con el turismo y el deporte.*

*“(…) la ascendencia ejercida por D. Ignacio Urdangarin Liebaert, nacida de la íntima relación de amistad que mantenía con el entonces Director General de Deportes, D. José Luís Ballester Tuliesa y, fundamentalmente, del privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba, dada su proximidad a la Jefatura del Estado- por cuanto en aquellas fechas formaba parte de la Familia Real, con ocasión de la relación de parentesco que por vínculo matrimonial había adquirido-, propició que el President del Govern decidiera aceptar la propuesta, omitiendo los trámites legalmente establecidos y, convocara una reunión en el Consolat de la Mar, en la que además de D. Ignacio Urdangarin Liebaert, D. Diego Torres Pérez y el propio President del Govern, D. Jaume Matas...*



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

De este modo, se simuló que las decisiones de contratación “habían sido adoptadas por los órganos que integraban la Fundación Illesport, en las que se comprometía, a su vez la participación del Instituto Balear de Turismo”.

Es hecho probado que el Sr. Urdangarín al exponer verbalmente el proyecto, cuya organización correría a cargo de la Asociación Instituto NOOS de Investigación Aplicada, advirtió “con una particular insistencia que se trataba de una asociación sin ánimo de lucro”.

En desarrollo del plan concebido, se levanta un acta de 10-1-2005 en la que el patronato de la Fundación delega en la comisión ejecutiva las actuaciones de patrocinio de equipos de alto nivel de las Islas Baleares y el patrocinio y organización de eventos. En una segunda acta de reunión igualmente irreal, se hace constar que se aprueba por unanimidad la firma del convenio de colaboración entre la Fundación, IBATUR, y el Instituto NOOS para llevar a cabo en Palma la celebración de Illes Balears Tour Sport Summit, por 1.200.000 euros.

Se fijó una aportación económica al Instituto NOOS de 1.200.000 euros, que “cubrían los costes de organización, gestión y logística necesarios para la consecución del proyecto”. Llegados a este punto interesa recordar, conforme se declara probado, que el capital con que se creó la Fundación en el año 2003, esto es un año antes, ascendía a 370.000 euros. Las fechas señaladas para la cumbre “Illes Balears Toursport Summit” fueron los días 22 a 25 de noviembre de 2005.

En el supuesto expediente no se recogió la necesidad de justificación del gasto y, finalizada la celebración del fórum, además de omitirse la tramitación legalmente





establecida al efecto, no se aportó justificación documental alguna del destino de los fondos públicos recibidos, evidenciándose así la libertad/ arbitrariedad con que se permitió la salida de estos, cuya suerte fue dejada a la voluntad del Sr. Urdangarín. Y, solo a requerimiento judicial, cinco años después de la celebración se aportaron facturas por un importe de 879.136,02. Se evidencia que no existió justificación alguna de 320.864 euros del importe que sí queda acreditado recibieron.

El 75 % de la aportación de dinero público, se entregó antes de la celebración de los seminarios y el 25% restante, 17 días después. Como se ha dicho, sin acreditación de gasto en ninguno de los pagos al finalizar los eventos, siendo solo presentada de forma incompleta cinco años más tarde.

La segunda edición del Fórum se gesta de forma similar reproduciendo la dinámica comisiva. Si bien para el año 2006 el importe de los fondos públicos abonados a NOOS fue 1.085.000. euros. Como en el caso anterior no se justificó el gasto y solo a requerimiento judicial se aportan facturas que tampoco cubren el importe recibido, pues no lo fueron por el total sino por 729.577,64 euros.

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

Los fundamentos de derecho, en congruencia con los hechos probados antes reflejados, inciden en el concierto y la existencia de una decisión previa, verbal y unilateralmente adoptada por el Presidente del Govern para beneficiar al entramado “NOOS”, así como en las actuaciones posteriores cuya finalidad era dotar a dicha decisión del correspondiente ropaje jurídico para crear apariencia de legalidad.



*Ello no obstante el contenido de esa acta no responde a la realidad de lo sucedido en la medida en la que tal decisión no se adopta en la precitada reunión. Antes bien, tal decisión estaba tomada previamente y nunca llegó a documentarse... (Folio 266, 267, 268, 269, 270)*

*...concluimos que la contratación del segundo convenio...responde a una decisión verbal, unilateralmente adoptada que pretendió revestirse de legalidad con la confección de las precitadas actas...no se tramitó expediente alguno y tampoco existía dotación presupuestaria prevista a tal fin...Y...ni el patronato ni la comisión ejecutiva adoptaron ninguno de los acuerdos reflejados en tales actas...(Folio 560)*

*Por otra parte...se desprende que el President y el resto de altos cargos aquí acusados, asumieron las condiciones de contratación...o, incluso, el seguimiento o control de la ejecución de los contratos que estipularon los responsables de NCE SL...(F. 146, 147, 148)*

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

*Sentado lo anterior, resulta evidente que D. Ignacio Urdangarín Liebaert realizó una aportación causal sin la cual el delito de prevaricación no hubiera podido cometerse y, aprovechó en su propio beneficio y en el de su socio la información...para presentarse ante...el entonces Presidente del Govern Balear, prevaliéndose para ello no sólo de la íntima relación de amistad que le unía al recién nombrado Director General de Deportes sino del privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba...Su proximidad a la Jefatura del Estado resultó determinante para mover la voluntad de la Autoridad que asumió sin cuestionamiento alguno sus pretensiones, accediendo no sólo a la contratación de la mercantil de la que era partícipe...sino a las condiciones de contratación que fueron definidas por él, coadyuvando de forma terminante con tal proceder al dictado de una resolución injusta y arbitraria en tanto que fue adoptada al margen de la legalidad. (Folio 309)*



Tras diversas consideraciones sobre la calificación administrativa de los contratos y la legislación aplicable afirma la Sala sentenciadora que *“no puede omitirse que la Fundación Illesport, de conformidad con lo expuesto en los apartados precedentes, se hallan sujetos a los principios de publicidad y concurrencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de fundaciones como supletoria en ausencia de norma propia en materia de fundaciones aprobada por la CAIB.*

*La exclusión de los Convenios de Colaboración del ámbito del TRLCAP no implica que no debieran sujetarse a un control, por cuanto los principios de publicidad y concurrencia, tenían que ser respetados. En el supuesto que nos ocupa, como ya hemos anticipado, las juntas no se celebraron y debió solicitarse una ampliación presupuestaria (folios 5481 a 5519). A ello debe cohonestarse el hecho de que la comisión ejecutiva carecía de capacidad para contratar, amparándose la contratación efectuada en una supuesta delegación de la junta de patronos documentada en un acta que refleja una reunión de dicha junta que nunca tuvo lugar.*

*El respeto a las exigencias dimanantes del principio de transparencia era superior si cabe, atendida la personalidad que se hallaba a cargo de la gestión de los intereses del Instituto Nóos, en la medida en la que formaban parte de su órgano de dirección miembros pertenecientes a la entonces Familia Real” (pág. 508)*

*Concluimos, como venimos argumentando, que la decisión de contratar con el Instituto NOOS respondió a una decisión caprichosa del Presidente. Y, contrariamente a la actuación desplegada, con carácter previo, debieron ser solicitados los informes pertinentes con la finalidad de acreditar el interés público en llevar a cabo tal contratación. O lo que es lo mismo, su conveniencia, oportunidad y necesidad. Así como, la legalidad del modelo elegido, de la exclusión de la aplicación de las reglas de concurrencia y, sobretudo, la justificación de las razones por las que (en observancia del principio de no discriminación e igualdad), el beneficiario del convenio iba a resultar el Instituto NOOS y no otro. **Por otra parte, debió haberse justificado el gasto y la aplicación del dinero público recibido para la celebración de los eventos.** Folio 508, 509)*

En lo que concierne al tipo subjetivo del delito de prevaricación, por el que sanciona estos hechos, la Sala de instancia invoca *la propia dinámica comisiva*



*reconocida por los acusados, corroborada por el resto del acopio probatorio practicado, del que se infiere que desde el inicio, todos ellos, participaron de consuno para dar cobertura legal a la decisión arbitraria adoptada por el President del Govern. Y así se desprende del hecho de que todos ellos tenían conocimiento de que la decisión de contratar a Asociación Intituto Nóos había sido adoptada previamente, con el concierto de los responsables de la misma. Si bien, posteriormente, era revestida de ciertas formalidades para dotarla de una apariencia de legalidad.*

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

En el fundamento de derecho segundo apartado 4.2.10 excluye la Sala la estimación del delito de malversación de que se calificaban estos hechos afirmando



*“En lo atinente al delito de malversación de caudales públicos nos remitimos en su integridad a lo argumentado en el apartado 2.5, en lo concerniente al evento denominado IBF 2006. Adviértase que la ausencia de un control efectivo sobre la cantidad presupuestada para el evento se halla embebida en el delito de prevaricación y no puede ser, a su vez, considerada para fundamentar el delito que ahora examinamos, sirviéndonos para tal aseveración de la doctrina jurisprudencial que venimos aplicando. Por otro lado, el evento se realizó y, por las razones que hemos expuesto con ocasión del análisis de la documentación obrante en la causa concernida a este hecho, no ha resultado acreditado que la cantidad de 1,1 millones de euros recibida por el Instituto Nóos hubiera sido distraída y, en definitiva, no aplicada a los gastos incurridos para la organización de la cumbre.”*

La doctrina jurisprudencial a que se refiere es reseñada previamente en la sentencia *“Por su parte la STS 673/2016, de 21 de Julio, tras el análisis del precitado delito, concluye del modo siguiente: “... la prueba practicada no permite sostener..., que las cantidades pagadas no fueran las adecuadas a las campañas efectuadas, pues: 1) los trabajos de divulgación pública se hicieron y han sido calificados por algunos de los testigos como campañas de referencia; 2) el importe de su facturación no excedió del coste que supuso el estudio de coordinación de las diferentes líneas que vinieron a añadirse a la red de transporte, ni del importe que era también apropiado en consideración al contenido divulgativo de esas campañas; tal y como sostiene el Tribunal de instancia con base a la prueba pericial especializada que fue aportada por la defensa y considerado además que el importe de la facturación superó siempre los controles de fiscalización del gasto legalmente establecidos y 3) el control de las cuentas de los acusados no refleja ningún tipo de movimiento injustificado de capital” (Pág. 321).*

En el caso examinado, sin faltar al obligado sometimiento al relato de hechos que se declaran probados, como no puede ser de otro modo en sede del art. 849.1º LECrim., se puede afirmar que:

1º.- La autoridad y funcionarios públicos citados encargados de unos procesos de contratación pública, se concertaron con los representantes del entramado “NOOS”, para beneficiar a estos últimos.



2º.- La misma autoridad y funcionarios públicos quebrantaron los deberes garantes que les incumben al prescindir deliberadamente del procedimiento administrativo correspondiente, conculcando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia e igualdad que articulan y vertebran la contratación pública.

3º.- No se justificó la necesidad o conveniencia de la contratación y, por tanto, no se justificó su utilidad pública.

4º.- El precio de los servicios y el importe de los convenios de colaboración fue impuesto unilateralmente por los representantes del entramado "NOOS". No hubo comprobación por parte de los órganos públicos del ajuste del coste a los precios de mercado. Ni se realizó la mínima gestión para asegurar que el precio abonado fuera de mercado.

Era en cualquier caso exigible, como consecuencia del principio de transparencia en la gestión pública, el de determinar el coste real de los servicios que van a ser contratados.

5º.- No existió calificación previa de la actividad por parte de los órganos públicos a efectos de determinar el procedimiento legalmente adecuado para contratar.

6º.- No se establecieron garantías para evitar riesgos y especulaciones.

7º.- La autoridad y los funcionarios públicos se aprovecharon de su posición de gestores de intereses públicos para anteponer intereses privados- los propios de satisfacer la voluntad del Sr. Urdángarín sometiéndose a los de este, obtener beneficio económico de las arcas públicas- a los públicos.

8º.- No se presentó, en su momento, por parte del entramado "NOOS" justificación alguna del destino de los fondos públicos percibidos a consecuencia de los convenios de colaboración del IB Forum, ni se exigió por parte de los responsables políticos que los responsables de "NOOS" acreditaran la vinculación de los fondos al objeto de los convenios.



9º.- Como se señala en los hechos probados de la Sentencia que se recurre, la representación procesal de D.*DIEGO TORRES PÉREZ* “*aportó facturas por importe de 879.136,02 euros*” (*Folios 27 y 28*) en relación al convenio de colaboración del IB Forum 2005, sobre un cantidad global de 1.200.000 euros percibidos.

Habiéndose generado por dicho importe un perjuicio a las arcas públicas con el concierto y beneplácito de los Sres. Matas, Ballester y Bernal, en directo beneficio de los Sres. Urdangarín y Torres, sin que por aquellos se realizara la mínima reclamación, o acto alguno encaminado a su reintegro, que así consintieron el apoderamiento referido. Tal aquietamiento corrobora la voluntad inicial de disponer de la totalidad de los fondos, sin sujeción a interés público de naturaleza alguna. Sin embargo, esa falta de reclamación, que evidencia la plena ausencia de control de los fondos, es solo la manifestación del conocimiento y consentimiento que, ya al tiempo de firmar los contratos, se prestó a la salida de fondos públicos, sin justificar el precio y sin determinar la obligación de justificar el gasto. Es decir, la falta de control a posteriori no es sino una parte de la trama, su expresión final, que estaba en mente de los acusados desde el primer momento. Ya desde el inicio se omitió exigencia alguna de dación de cuenta o justificación del gasto.

Los citados acusados, en su función de garantes de la correcta administración de los fondos públicos, no solo omitieron el procedimiento administrativo previo a la entrega, sino que construyeron un simulacro de contratación, falsedades documentales incluidas, que no era otra cosa que un plan delictivo, para enriquecimiento de los Srs Torres y Urdangarín. De forma que sin acreditar el primer importe del Fórum 2005, ya se abona el segundo respecto del que, al menos parcialmente no se llega siquiera a prestar lo que se había concertado. La reclamación judicial, ajena a ellos, puso de manifiesto la falta de justificación de una parte importante de los pagos realizados- en el caso del Observatorio Permantente y el Plan Estratégico se abonaron a ciencia y conciencia de su improcedencia al estar completamente vacíos de contenido- pero los términos de la negociación, con obediencia plena a las peticiones de los Srs. Urdangarín y Torres, hubiera permitido, de igual modo que quedarán sin justificar el importe total, tal era la ausencia de control en la celebración de los contratos y la voluntad de la partes. Al igual que no se



justificó el destino de las cantidades recibidas, no se justificó previamente, como era oportuno, ni con posterioridad, en sede judicial, no ya la celebración del evento, sino la necesidad/ oportunidad de su celebración ni, de ser así, la conveniencia de contratarlo con NOOS, atendidos los importes demandados y los servicios que se ofrecían y no con otro, para lo que hubiera procedido el sometimiento a concurso público, como establece la ley, para garantizar el adecuado gasto de los fondos públicos. La omisión de la observancia de las exigencias legales de contratación administrativa de forma palmaria se vio acompañada de la falsificación documental, levantando actas de reuniones que no habían tenido lugar y haciendo constar en las actas levantadas la intervención de personas que no estaban presentes y la adopción de acuerdos que tampoco se habían producido, con las que se quería vestir de legalidad lo que no fue sino un desfalco a los fondos públicos. De este modo existe un concierto previo para delinquir que se ve desarrollado con una puesta en escena delictiva, que incluye la falsificación de las actas que se declara probadas. Considerar que al tener lugar los eventos se ha de descartar la existencia de malversación, supone reducir esta previsión típica vaciándola prácticamente de contenido, en un caso como el examinado en el que la prestación del servicio era muy imprecisa. En todo caso admitiendo la existencia de una contraprestación a las cantidades abonadas por la Administración, no puede desconocerse que la falta de justificación de un 30% debiera haber dado lugar a su restitución.

### **Previsiones legales aplicables a los hechos.**

Se ha de convenir que la omisión deliberada del expediente administrativo supone un atentado frontal a los principios básicos que rigen la actuación de la administración. La inexistencia de expediente administrativo tuvo como consecuencia directa la vulneración reiterada y flagrante de otras exigencias legales que debían imperativamente respetarse y que se obviaron para conseguir los ilícitos objetivos predeterminados.

Se hacía preciso:

#### **a.- La calificación previa de la actividad que se iba a desarrollar.**

La utilización de la figura del Convenio de Colaboración o cualquier otro instrumento de contratación no es meramente opcional.





La Constitución Española establece en el artículo 103 *"La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho"*.

El principio de sometimiento a la legalidad, que ha de regir toda actividad administrativa, obliga a la Administración a calificar la actividad que va a desarrollar a efectos de determinar el instrumento de desarrollo preceptivo: contrato, convenio o subvención.

**b.- No se tuvo en cuenta la expresa prohibición de pactos verbales en la Administración.**

El Artículo 56 del RDL 2/2000, de 16 de junio, establecía expresamente: *"La Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia"*. Es llano que no existía tal situación de emergencia.

Tal prescripción se mantiene, como esencial en el sistema de contratación pública, en el actual RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 28.1: *"1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 113.1, carácter de emergencia"*.

La finalidad de esta prohibición es evidentemente la necesidad de garantizar los principios que rigen la actividad administrativa, antes expuestos, mediante el desarrollo del correspondiente expediente y procedimiento.

En el caso que nos ocupa, y como anteriormente se ha referido, con anterioridad a la formalización de los Convenios se produjo el correspondiente pacto verbal con el compromiso firme de ambas partes, sin otra sujeción que la arbitraria voluntad de las partes.

**c.- Objeto del procedimiento administrativo.**



El artículo 13 de RDL. 2/2000 establecía que **el objeto de los contratos que realice la Administración “deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación.”** El objeto es pues un elemento esencial del procedimiento en cuanto que lo determina y condiciona.

En igual sentido el TRLCSP en su art. 22 fijaba que “Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”.

Como trámite previo inexcusable a la firma de los contratos y Convenios de Colaboración no se abrió expediente alguno y, por tanto, se omitió deliberadamente justificar la utilidad y necesidad pública del objeto del convenio, lo que supone omitir un aspecto o trámite esencial del procedimiento y una arbitrariedad inadmisibles.

#### **d.- Precio.**

El artículo 14 del RDL. 2/2000 establecía que: “*Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, (...), y se abonarán al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. (...). En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado”.*

Requisito el del precio, que al igual que el objeto, es esencial, existía, desde luego, pero no se respetaron las previsiones enunciadas en el artículo 14 en las actuaciones enjuiciadas en este proceso:

- No hubo un mínimo análisis del precio de mercado de los servicios objeto de contratación.

- No había una delimitación previa y detallada del contenido de los servicios que realmente querían retribuirse.



El precio se fija de forma arbitraria por los representantes del Instituto NOOS, omitiendo los responsables políticos correspondientes cualquier actuación tendente a la comprobación de su ajuste con los precios de mercado. Y lo que resulta más llamativo, la Sala se remite a modo de justificación a los precios que se barajan por los otros hechos objeto de enjuiciamiento en esta causa. Prescinde de un dato esencial, en todos ellos la parte que contrata con la Administración es la misma: los coimputados Sres. Urdangarín y Torres, por ende, no se trata sino de la tarifa del entramado empresarial creado por estos. No puede hablarse de precio de mercado sino de importes demandados por dichos encausados.

#### **e.- Interés público.**

Cualquier actuación administrativa debe estar presidida por la existencia de un interés público. En el expediente administrativo se exige la acreditación de dicho interés. No queda la más mínima constancia de que la actividad contratada fuera la que precisaba y convenía al interés público, y no otra cosa podía obedecer la actuación y contratación de IBATUR y la Fundación Illesport.

Sin embargo, los contratos comprometían seriamente dichas entidades. Ha de tenerse en cuenta que la Fundación tenía un capital de 370.000 euros, solo el precio del primer fórum cuadruplicaba ese capital. Era preciso acreditar la prioridad de dicha colaboración sobre otras actividades.

En el caso que nos ocupa es llamativo que no sólo no se justifica el pretendido interés público, sino que se ocultó deliberadamente en todos los Convenios la presencia y la firma del máximo representante del INSTITUTO NOOS, D. IÑAKI URDANGARÍN, circunstancia ésta de vital importancia en cuanto determinante del acuerdo.

La causa principal de los contratos administrativos nunca puede ser el enriquecimiento del adjudicatario, sino el “quehacer útil y oportuno para la causa pública”

#### **f.- Transparencia y Publicidad.**



Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación presiden la normativa sobre contratación. Estos principios son el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.

#### **g.- Concurrencia.**

Al no existir expediente no se justificó la exclusión de la concurrencia, limitándose en los Convenios de Colaboración a resaltar que el INSTITUTO NOOS *“es una entidad que reúne un importante número de expertos internacionales en estrategias de patrocinio deportivo y organización de grandes eventos deportivos, tanto del sector público como privado, y que está trabajando en el diseño de un gran evento científico-deportivo a nivel mundial de carácter anual”*.

#### **h.- Control y fiscalización del gasto.**

Al respecto hay que tener en cuenta la inexcusable obligación por parte de quien recibe fondos públicos de justificar ante la Administración el destino de los mismos y la obligación de la Administración de comprobar que la entidad adjudicataria ha destinado los fondos públicos recibidos a desarrollar el objeto del convenio y que se ha ejecutado debidamente.

De acuerdo a los principios generales establecidos en la Ley General Presupuestaria y el artículo 110 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas existe la obligación por parte de la Administración de requerir la justificación de las cantidades entregadas en virtud del contrato.



En el apartado 4.1.16 de los fundamentos del fundamento de derecho segundo, aborda la Sala sentenciadora el delito de malversación afirmando *“Adviértase que la ausencia de un control efectivo sobre la cantidad presupuestada para el evento se halla embebida en el delito de prevaricación y no puede ser, a su vez, considerada para fundamentar el delito que ahora examinamos, sirviéndonos para tal aseveración de la doctrina jurisprudencial que venimos aplicando. Por otro lado, el evento se realizó y, por las razones que hemos expuesto con ocasión del análisis de la documentación obrante en la causa concernida a este hecho, no ha resultado acreditado que la cantidad de 1,2 millones de euros recibida por el Instituto Nóos hubiera sido distraída y, en definitiva, no aplicada a los gastos incurridos para la organización de la cumbre”*(pág523)

Y se reitera *“...Adviértase que la ausencia de un control efectivo sobre la cantidad presupuestada para el evento se halla embebida en el delito de prevaricación y no puede ser, a su vez, considerada para fundamentar el delito que ahora examinamos, sirviéndonos para tal aseveración de la doctrina jurisprudencial que venimos aplicando...(Folio 570 y ss)*

Conforme resulta de los hechos probados, no es que no existiera un control efectivo sobre el gasto, es que no existió control alguno. Y no es que ello obedeciera a mera desidia o dejación de funciones por desinterés, es que desde el Sr. Matas al Sr. Bernal, se asumió la celebración del contrato, sin justificar su necesidad, la prioridad sobre otros gastos, la existencia de otras ofertas, la proporcionalidad del precio y, en fin, su justificación, todo ello aliñado con las falsedades que al efecto parecieran oportunas.

Los Sres. Matas, Ballester y Bernal, omitieron la comprobación del precio; la calificación de la actividad; la comprobación de la solvencia de los licitadores; la concurrencia; la utilidad pública; la prohibición de pactos verbales; el control y la fiscalización del gasto, son exigencias imperativas de la normativa que regula la contratación administrativa, cuya finalidad es precisamente minimizar conductas corruptas y el peligro de perjuicio para las arcas públicas.



Es evidente, ante las circunstancias ya expuestas, que los gestores públicos asumieron la salida de dinero de las arcas públicas, en beneficio del entramado NOOS sin otra justificación que las peticiones realizadas por los acusados Srs. Urdangarín y Torres, dando la apariencia contractual que ellos mismos le indicaban y aceptando todos los términos que establecían.

La asunción del precio de los convenios impuesto por los representantes del entramado “NOOS” (junto a la ausencia del resto de exigencias reseñadas) y la falta de control y fiscalización del gasto, supone la plena dejación de la obligaciones que la ley le impone como garante de la buena administración que, en el presente caso, se tradujo en un perjuicio concreto. Máxime cuando la propia sentencia objeto de análisis señala al folio 570 y siguientes que la ausencia de control sobre la cantidad presupuestada integra el delito de prevaricación, esto es, que de forma consciente y deliberada se prescindió del control del precio.

El Tribunal de Instancia reconoce que de 1.200.000 euros del primer convenio únicamente se justificaron 879.136,02 euros por parte del representante del Instituto NOOS, y que de 1.085.000 euros del segundo convenio sólo se justificaron 729.577,64 euros.

Por tanto, si como determina el Tribunal de Instancia a los folios 508 y 509

*“Por otra parte, debió haberse justificado el gasto y la aplicación del dinero público recibido para la celebración de los eventos”,* y faltan por justificar 320.863,98 euros del primer convenio además de los importes abonados por el Observatorio Permanente y el Plan Estratégico, el perjuicio económico para las arcas públicas es evidente.

No cabe argumentar, como hace la Sala (folios 27 a 28, 28 a 32), para descartar el tipo delictivo que estamos analizando, que *“El precio de la cumbre, comparativamente con el mismo evento celebrado el año anterior y con otros eventos análogos, dispuso de un presupuesto muy similar...por lo tanto no puede descartarse que fuera ajustado al precio de mercado”,* puesto que como ya se ha dicho el tipo delictivo se basa en la finalidad perseguida y el perjuicio generado. Y porque no se ha



realizado pericial judicial a esos efectos, ni se sometió a la libre y pública oferta en pie de igualdad con otras empresas.

Finalidades espurias equivalen a potenciales riesgos económicos y, en el caso concreto de los convenios, perjuicios cuantificables económicamente, como se ha visto.

No comparte esta representación del Ministerio Fiscal que pueda saldarse la cuestión, como hace la sentencia de la instancia, considerando que al haberse prestado los servicios pactados en los contratos celebrados, no existe perjuicio para la Administración y no puede estimarse cometido un delito de malversación.

Para exponer la discrepancia de esa interpretación se hace necesario acudir al origen de la contratación. La primera diligencia omitida en la gestión de los fondos públicos se sitúa precisamente en la oferta del servicio de publicidad realizada por el Sr. Urdangarín. Como en cualquier otra administración de fondos, con más razón cuando son públicos los gestionados, cumple dilucidar si el servicio- gasto que se plantea resulta necesario. En el caso que nos ocupa si la posible publicidad de la ciudad de Palma de Mallorca, durante la celebración de unas jornadas de breve duración, máximo de cuatro días, resultaba de interés. La respuesta inicial puede ser afirmativa, incluso obviando el hecho incontestable de proyección nacional e internacional de las Islas Baleares y en especial de Palma. Pues bien, aceptando la conveniencia u oportunidad de contratar la publicidad de las Islas como destino propicio para la práctica de deportes, debió surgir un segundo cuestionamiento, referido a cuál fuera la clase de publicidad que más conviniera, que no necesariamente habría de ser mediante esa exponsorización. Y en todo caso, se tenía que haber acudido al mercado para contrastar las condiciones de la oferta que hacían los acusados y aquellas otras que pudieran formular empresas de publicidad, incluso las personas personas de conocida relevancia en el mundo de la cultura y/o el deporte pudieran ofrecer.

Todo ello se hubiera salvado, ciertamente, de haberse procedido a la tramitación de un expediente, dando cumplimiento a los principios de publicidad, concurso y transparencia, de ahí su exigencia legal.



No cabe mantener que una estrategia delictiva de este calado pueda saldarse con la mera calificación de prevaricación, por prescindir de las normas de procedimiento. Ello fue así, sin duda, pero fue más que eso. De ahí, que no se considere cubierto todo el reproche de antijuridicidad que la actuación de los acusados genera, con la aplicación del art. 404 del Código Penal. El relato de hechos probados describe una patente y grosera contradicción con el Derecho, con absoluto desprecio a las disposiciones legales que regula la contratación administrativa, procediendo a la ostensible y clamorosa omisión de trámite procedimental alguno, que haga los convenios susceptibles de ser acogidos, en nuestro ordenamiento administrativo. Al tiempo que se simula la celebración de juntas y toma de acuerdos que no han tenido lugar, a fin de dar una apariencia de legalidad a la disposición de fondos públicos. La burda actuación rebasa la ilegalidad meramente administrativa, desde luego, para incardinarse en el ámbito penal, por merecer un grave reproche social que solo encuentra respuesta en esta jurisdicción. Como bien señala la Sala de instancia, estos actos encuentran un primer encaje en la figura tipificada en el artículo 404, prevaricación administrativa, pero dicho tipo no puede considerarse que colme el contenido de antijuridicidad que se revela en los hechos probados. También integran un delito de malversación de caudales públicos, artículo 432 del Código Penal.

No se puede convalidar la libre contratación por entidades públicas, comprometiendo fondos de la misma naturaleza- fondos de los que materialmente no disponía las entidades IBATUR y Fundación Illes Balear- sin dar satisfacción a principio alguno de buena administración, por el hecho de haberse dado cumplimiento a lo acordado en un contrato celebrado vulnerando a ciencia y conciencia la ley, sin despejar la duda del interés del servicio, de su pertinencia, de la conformidad del precio abonado con las tarifas de mercado y, en fin, sin ni siquiera constatar documentalmente, por medio de las pertinentes facturas la justificación del destino del numerario ilícitamente obtenido, llegando a dar por buena la falta de soporte del gasto en un treinta por cien del precio, lo que supone renunciar al mínimo rigor en la exigencia de responsabilidad en la gestión de tales caudales. De modo que, en la interpretación más favorable a los acusados, se habría ocasionado un daño a las arcas públicas de las cantidades que no se justificaron. Ha de destacarse en este punto que la sentencia declara que *“el texto del convenio estipula que el Instituto Nóos se encargaría de la búsqueda y gestión de los patrocinios que permitieran*





completar el presupuesto necesario para el adecuado desarrollo de la Cumbre. Por tal causa, se contempla expresamente que **el importe aportado por la Fundación con ocasión de lo estipulado en el convenio dispone, en todo caso, de la consideración de máximo**, corriendo por cuenta del Instituto Nóos la cobertura, a través del patrocinio de empresas privadas, del presupuesto restante.” Lo que significa que si se entregaba ese dinero como máximo la obligación de justificar su gasto efectivo, al igual que exigirlo, era evidente, no haciéndolo se consentía el apoderamiento que finalmente se produjo.

En rigor, y siempre conforme a lo declarado probado, ni siquiera puede mantenerse que se diera cumplimiento a lo acordado, en sentido estricto. Lo que se documentó como convenio solo era fruto de la voluntad de los Srs. Urdangarín y Torres, de modo que los coacusados, partiendo del Sr. Matas, se limitaron a asumir la propuesta y canalizar, mediando falsedad documental cuando fue necesario, sin cumplimiento de la legalidad ni sometimiento a los principios rectores de la contratación administrativa, la salida de fondos. En el supuesto que se examina es cierto que se prescindió absolutamente de procedimiento alguno, que la decisión se tomó desde el primer momento en que el acusado Sr. Matas recibió la propuesta del Sr. Urdangarín. A partir de ahí todas las actuaciones de los intervinientes no fueron más allá de una acomodación al interés de éste último. Se hace evidente que el reproche de antijuridicidad de la conducta que declara probada sentencia no queda cubierto con la aplicación del artículo 404 del Código Penal. No se trata meramente de una decisión administrativa clamorosamente contraria a la legalidad. Las decisiones prevaricadoras eran finalísticas, las decisiones habilitaron la salida de fondos, no sin “control eficaz”, sino renunciando *ab initio* al mínimo control. El objetivo de obtención de numerario es, en definitiva, lo que sustenta la decisiones tomadas prescindiendo absolutamente del procedimiento, prevaricando, para permitir la salida contraria a la ley de fondos públicos por importe de más de dos millones de euros entre los eventos de los años 2005 y 2006. De forma que cuando no existe justificación desde el inicio de la necesidad del gasto en sí mismo, de la necesidad/ conveniencia para la Comunidad Balear del servicio que se contrataba, tampoco se asegura la inexistencia de ofertas que permitieran mejores condiciones, no solo pero también económicas, y ni siquiera se justifica con posterioridad a la celebración de los eventos, y solo mediante reclamación judicial se aportan facturas, que no llegan a



cubrir el importe abonado, no cabe sino acudir a otro tipo penal, esta actuación está prevista y penada en el artículo 432 del Código. Porque al decidir disponer de fondos públicos de forma contraria a la ley, en los términos descritos en la sentencia se está autorizando la salida, en beneficio de otra persona, sin mínima constatación de lo que en retorno recibiera la Comunidad. En el momento previo a la contratación se omite el principio de eficiencia del gasto. Como se ha descrito, no se hace gestión alguna para determinar la prioridad de ese gasto sobre otros. El beneficio de retorno no se comprueba ni antes ni después de la celebración de los hechos. Ni tiene lugar con la presentación de facturas cinco años después como se interesó. Lo único que se acredita es el gasto de ciertas cantidades. Por ello los acusados Srs. Matas, Bernal, Ballester, acomodando la tramitación simulada de los convenios a las peticiones de los Srs. Urdangarín y Torres habilitaron la salida de fondos públicos en beneficio de ellos. La firma de esos convenios constituye una malversación ya de los precios fijados. Al tiempo que tal torcimiento o desvío del derecho, se ha de predicar el desfalco patrimonial que los contratos supusieron, que concluye en el delito de malversación.

Es cierto que la Sala descarta que fuera desproporcionado, con el único argumento de la similitud de los precios en diversos contratos celebrados en los hechos objeto de la causa. Pero las referencias al resto de los contratos objeto del procedimiento, no pueden ser acogidas, en tanto el proveedor del servicio era el mismo, NOOS, se está refiriendo a los precios de esta entidad, que era la *tarifa* de la firma, no es válido este término de comparación por la identidad de oferente. En todo caso, solo la apertura del servicio al mercado mediante concurso abierto y público hubiera podido establecer ex ante, como es legalmente exigible, y de ese extremo esencial para la protección de los caudales públicos se huyó, sin que quepa otra justificación que la voluntad de la temida adjudicación directa.

La desproporción resulta flagrante si se tiene en cuenta que a los 1.200.000 y 1.085.000 de euros por cada fórum, se ofrece como contraprestación, la celebración de un seminario durante dos o cuatro días sobre turismo y deporte. Además, a tenor de los hechos que se declaran probados, el compromiso no podía ser más impreciso, por lo que la valoración del grado de satisfacción obtenido era prácticamente



imposible. Si a ello se une que no se requiere justificación alguna, el desfaldo estaba servido.

Incluso se puede cuestionar si en la simbiosis entre la ciudad de Palma, su secular proyección internacional y atractivo turístico y la cumbres ofrecidas por los acusados Sres. Torres y Urdangarín, era aquella quien obtenía beneficios o por el contrario las celebraciones favorecían a la empresa de los Sres. Torres y Urdangarín, no solo por el dinero obtenido, sino por conferirle un prestigio empresarial del que no disfrutaban ni el entramado societario ni los encausados. En fin, era NOOS, empresa escasamente implantada en el mercado, la que obtenía una proyección de la que claramente carecía con anterioridad en dicho ámbito, declarándose probado que la contratación solo obedeció a la identidad de don Ignacio Urdangarín y exclusivamente en relación con su condición de yerno del entonces Rey de España.

En lo que al tipo subjetivo del injusto se refiere, partiendo de la suficiencia del dolo genérico, en tanto supone el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de actuar, cabe asumir la argumentación que la sentencia misma contiene respecto de este para el delito de prevaricación, por el que se ha condenado. La Sala de instancia, invoca *la propia dinámica comisiva reconocida por los acusados, corroborada por el resto del acopio probatorio practicado, del que se infiere que desde el inicio, todos ellos, participaron de consuno para dar cobertura legal a la decisión arbitraria adoptada por el President del Govern. Y así se desprende del hecho de que todos ellos tenían conocimiento de que la decisión de contratar a Asociación Intituto Nóos había sido adoptada previamente, con el concierto de los responsables de la misma. Si bien, posteriormente, era revestida de ciertas formalidades para dotarla de una apariencia de legalidad*". Añadiendo, que de igual modo eran plenamente conscientes que la contratación se producía tan solo atendiendo a la persona del Sr. Urdangarín, en tanto ostentaba la condición de yerno del entonces Jefe del Estado, siendo el único objeto de los contratos satisfacer sus peticiones. Es llano que en esa situación conocida aceptaron y habilitaron la salida de fondos públicos, en perjuicio de las arcas públicas, al punto de realizar un montaje de reuniones y acuerdos falsos para amparar supuestamente las decisiones. No estamos tan solo en presencia de un grave incumplimiento de la normativa administrativa, sino ante una trama que, en



contra de lo afirmado por el Tribunal de instancia, no tiene otro sentido lógico que habilitar la disposición ilícita de fondos.

Estas razones sustentan la declaración de comisión de un delito de malversación conforme a los hechos probados, por cada edición de Fórum Illes Balears, sin embargo, habiendo sido ya estimada la comisión de dicho delito respecto de los pagos realizados por el Observatorio Permanente, en el que recibió NOOS 445.000 euros y 174.000 euros, se habrá de apreciar la continuidad delictiva de la malversación, con aplicación del art. 74 del Código Penal.

Se interesó en la instancia y se persiste en ello, la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 Código Penal. En la redacción anterior a la reforma sufrida por LO 1/2015 de 30 de marzo, el citado apartado castigaba con pena de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación la malversación que revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público. El primero de los motivos formalizados lo es precisamente para interesar la aplicación del art. 432.2 del Código Penal. A lo alegado allí se une ahora, cuando menos, el importe del dinero recibido por la primera edición de la “Illes Balears Forum”. De ahí que, se interese la calificación del delito de malversación como continuado e integrante del subtipo agravado del art. 432.2 del Código Penal.

La casación de la sentencia que se postula, para el dictado de otra por esta Excma. Sala, supondrá la condena por tal delito como continuado atendiendo a que ya existe condena por este título por parte de los hechos objeto del procedimiento y que los ahora referidos se refieren al convenio del año 2005, en concurso medial con el delito de prevaricación que también habría de apreciarse como continuado, y el de falsedad.

Siendo así que el delito más grave es la malversación continuada del art. 432.2, la pena prevista en él es de cuatro a ocho años, por aplicación del art. 74 procede ir a la mitad superior, de seis a ocho años. El concurso determinaría acudir a la mitad superior, es decir de 7 a 8 años de prisión.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Se parte de la estimación del motivo precedente para la petición de penas en este, si bien atendida la notable atenuación aplicada a los Sres. Ballester y Bernal, interesada ya por el Fiscal en la instancia, no pueden ahora incrementarse. Considerando que los hechos constituyen un delito de continuado de malversación, en la previsión legal del art. 432.2, vigente al tiempo de suceder los hechos, en concurso medial del art. 77.2 con un delito continuado de falsedad del art. 390.1. 2º y 4º y de otro, asimismo continuado de preparación, del art. 404, todos ellos del Código Penal. El delito más grave es de nuevo el de malversación, y su previsión al ser continuado es de 6 a 8 años de prisión y de 15 a 20 años de inhabilitación absoluta. El concurso medial supone fijar la mitad superior de estas penas de 7 a 8 años de prisión y de 15 a 20 años de inhabilitación absoluta.

En lo que se refiere al Sr. Urdangarín, de nuevo se ha de aplicar el art. 65.3, ya instando en la instancia, con el descenso en grado nos sitúa en una horquilla de 3 años y 6 meses a 7 años de prisión y de 7 años y seis meses a 15 años de inhabilitación absoluta. La mitad inferior de estas, por la concurrencia de una atenuante simple, la pena imponible deberá estar entre 3 años y 6 meses y 5 años y 3 meses de prisión, en cuanto a la inhabilitación, de 7 años y 6 meses a 11 años y 3 meses de inhabilitación absoluta. Se habrán de imponer las de 5 años de prisión y 10 de inhabilitación absoluta, ya solicitadas por el Fiscal en la instancia y accesorias.

Se han de mantener el resto de las penas impuestas por los demás delitos que se dictó fallo condenatorio.

De igual modo se habrá de proceder respecto de D. Diego Torres Pérez, en lo concerniente al delito de falsedad, prevaricación y malversación, los tres como continuados. El cálculo penológico es similar al realizado para el Sr. Urdangarín, aunque sin la concurrencia de circunstancia atenuante alguna, en todo caso la petición hecha en la instancia vincula sin poder rebasar las interesadas, por tanto se entiende procedentes la de 5 años de prisión e inhabilitación absoluta por 10 años.

Para el Sr. Matas Palou, deberán ser condenado como auto del delito continuado de falsedad y prevaricación, en concurso con el de malversación, también continuada, y la concurrencia de la atenuante de reparación del daño como muy



cualificada y la analógica de confesión. La pena prevista por el concurso de la malversación continuada, falsedad continuada y prevaricación, continuada, como se ha visto para el Sr Urdangarín, sitúa el mínimo en 7 años de prisión y 15 años de inhabilitación. El descenso en un grado en 3 años y 6 meses de prisión y 7 años y 6 meses de inhabilitación. El segundo grado comprendería de 1 año y 9 meses a tres años y 6 meses de prisión y de 3 años y 9 meses a 7 años y 3 meses de inhabilitación. Se entienden ajustadas a la gravedad de los hechos tras la considerable reducción que supone el descenso en dos grados, la de 4 años de prisión y 10 de inhabilitación.

A D. José Luis Ballester Tuliesa como autor directo, responsable de citado concurso medial, concurriendo las atenuantes muy cualificadas de reparación del daño y confesión. El juego de las reglas dosimétricas es idéntico al ya examinado para el Sr. Matas. En ningún caso puede ser inferior a 1 año y 9 meses de prisión y 4 años 4 meses y 15 días de inhabilitación.

Finalmente, en cuanto a D. Gonzalo Bernal García por los mismos delitos en concurso medial y apreciando la atenuantes simples de reparación del daño y confesión, procede imponer las penas de 1 año 9 meses de prisión e inhabilitación de 4 años 4 meses y 15 días, al igual que respecto del Sr. Ballester.

Como consecuencia del daño producido a las arcas públicas se habrá de acordar el incremento de la cuantía ya acordada como responsabilidad civil, en el importe correspondiente al Fórum 2005, que no fue justificada, en los porcentajes ya fijados en la sentencia.

### **MOTIVO TERCERO.**

Al amparo del art. 849.1º de la LECrim denuncia indebida del art. 70.1.2ª. del Código Penal.

### **Breve extracto de su contenido.**



El motivo se centra en la correcta individualización de las penas impuestas a los Sres. Alía Pino y Bonet Fiol, en tanto las acordadas en la sentencia no quedan comprendidas dentro de las previsiones legales, ni siquiera dando por supuesta la voluntad, no manifestada expresa pero sí tácitamente, de la Sala de instancia de descender al segundo grado de los posibles, por la apreciación de atenuantes.

### **Consideraciones legales y doctrinales.**

A don Juan Carlos Alía, así como a don Miguel Ángel Bonet, se les declara autores de un delito de falsedad documental del art. 390.1. 2º Código Penal, en concurso medial con un delito de prevaricación del art. 404 del mismo texto. Se estima concurre en ambos la atenuante de analógica de confesión, art. 21.7 en relación con el art. 21.4, así como la de reparación del daño, art. 21.5 todos ellos del Código Penal.

La sentencia impone a ambos acusados las penas 1 año y 2 días de prisión, 24 meses y 4 días de multa y 6 meses y 2 días de inhabilitación.

La concurrencia de las dos circunstancias obliga a la Sala de instancia al descenso en un grado de la pena procedente, en este caso la resultante del concurso medial, y le faculta para reducirla en el segundo grado, ex art. 66.1. 2ª Código Penal. Se entiende que, aunque sin detallarlo expresamente, el juzgador pretende hacer uso de esa facultad. Sin embargo, se ha producido una errada aplicación de la regla del art 70.1. 2ª Código Penal.

De los delitos apreciados, el más grave es el de falsedad de funcionario cometido en documento oficial. De ahí, que se deba partir de la mitad superior de la prevista para este, habida cuenta del concurso medial. Siendo la pena de prisión la de 3 a 6 años la prevista en la ley, dicha mitad comprende de 4 años 6 meses a 6 años. Al descender en el primer grado nos encontramos ante un arco penológico de 2 años y 3 meses a 4 años y 6 meses. El segundo grado comprenderá de 1 año, 1 mes y 15 días a 2 años y 3 meses de prisión. La mínima posible es 1 año, 1 mes y 15 días de prisión.



Otro tanto ocurre con la pena de multa por el delito de falsedad, art. 390.1. 2º Código Penal. Siendo la contemplada por el legislador de 6 a 24 meses, la mitad superior por el concurso lleva a una horquilla de 15 a 24 meses. El grado inferior, por ende, comprende de 7 meses y 15 días a 15 meses. El segundo grado por su parte 3 meses y 22 días a 7 meses y 15 días. La pena de 1 mes y 17 día de multa no es, por ello imponible, siendo la mínima posible la de 3 meses y 22 días.

Finalmente, se les impone la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo autonómico de 6 meses y dos días. El delito está castigado con inhabilitación especial de 2 a 6 años. De nuevo ha de fijarse la mitad superior, de 4 años y 6 años el concurso, la pena inferior en grado comprende de 2 a 4 años y en el segundo grado de 1 año a 2 años. Siendo dela de 1 año la que se pidió en la instancia.

También aquí el Ministerio Público se ve limitado por la petición de penas realizadas por el Fiscal de la Audiencia Provincial. En todo caso, se ha de rectificar las impuestas por el Tribunal, al no ser conformes con las reglas penológicas de nuestro Código, como se ha visto. Se estiman pues ajustadas, para ambos acusados, las penas de prisión de 1 año y 1 mes y 15 días, de prisión, 3 meses y 22 días de multa y 1 año de inhabilitación especial. De ahí que deba casarse en este punto la sentencia para dictar otra en la que, modificando las penas acordadas en la instancia, se acuerde la imposición a D. Carlos Alía y a D. Miguel Ángel Bonet, las penas de 1 año, 1 mes y 15 días de prisión, tres meses y 22 días de multa, con una cuota de 6 euros por día; y 1 año de inhabilitación especial, accesorias y costas.

#### **MOTIVO CUARTO.**

Por la vía del art. 849. 1º de la LECrim entiende erradamente aplicado el art. 429 del Código Penal.

#### **Breve extracto del contenido.**

El precepto aplicable a los hechos enjuiciados es el que aparece ya en la redacción originaria del Código Penal de 1995. En el mismo se establece además de la pena privativa de libertad, la de multa, siendo así que la sentencia no atiende a esa





previsión legal. Resulta procedente la formalización de este motivo para solventar dicha omisión. De carácter estrictamente penológico afecta tan solo a D. Ignacio Urdangarín y D. Diego Torres, condenados por el delito de tráfico de influencias.

### **Consideraciones legales y doctrinales.**

Ciertamente, el art. 429 del Código Penal castiga al "... particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior".

La sentencia declara probada la comisión del delito de tráfico de influencias, considerando autores a los Sres. Urdangarín y Torres y les impone las penas de prisión de un año y diez meses respectivamente. En el fundamento de derecho cuarto apartado 4.1.19 se analiza la comisión de este delito respecto de dichos acusados. El delito se entiende cometido en relación con los hechos objeto del Convenio Illes Balear Forum 2005.

El carácter legal e imperativo de la pena de multa contemplada en el art. 429 del Código Penal ha de llevar a su imposición, aunque no se haya acordado en la instancia, sin afectación de principio de imparcialidad y en estricta observancia del principio de legalidad.

Por ello se entiende que, declarando acreditado el delito de tráfico de influencias, se habrá de casar la sentencia en este punto para imponer, a los Sres. Torres Pérez y Urdangarín Liebaert, condenados ya por dicho delito, la pena de multa del tanto referido, con arresto sustitutorio en caso de impago, manteniendo, obviamente, la pena de prisión ya acordada.

### **MOTIVO QUINTO**



Con sede, de nuevo, en el art. 849.1 LECrim se entiende infringido el art. 436 en relación con el art. 65.3, ambos del Código Penal.

### **Breve extracto del motivo.**

El motivo se centra en la aplicabilidad de la facultad de descenso de pena prevista en art.65.3 del Código Penal, de la que hace uso el Tribunal de instancia. Entendiendo, por el contrario, que el delito del fraude a la administración del art. 436, es un delito de carácter bilateral, no se estima posible tal reducción en grado, de ahí que se consideren vulnerados ambos preceptos. La queja afecta tan solo a dos de los acusados, Sres. Urdangarín y Torres, de los que fueron condenados por este delito en la instancia, al cuestionar su condición de *extranei* en términos de aplicabilidad del mencionado art. 65.3 del Código Penal.

### **Consideraciones legales y doctrinales.**

En su redacción originaria vigente al tiempo de ocurrir los hechos, el citado precepto sancionaba a “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años”.

Dicha redacción estuvo vigente hasta su modificación por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el que pasó a tener el siguiente tenor “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o



entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.”

El anterior texto se ha mantenido, agravando las penas en la reforma por de LO 1/2015, de 30 de marzo.

La modificación del art. 436 del Código Penal ha venido a dar mayor claridad a una regulación que ya en su originaria redacción se perfila como delito plurisubjetivo, bilateral. Concretamente la posición que ocupa el particular en la comisión del delito de fraude a la administración. Nos encontramos ante un delito pluripersonal, en el que la participación necesaria de dos o más sujetos está vinculada a la tipicidad, que expresamente lo exige. Se encuadra entre los delitos bilaterales de participación necesaria y dentro de la tradicional distinción entre los delitos de encuentro y de convergencia en estos últimos, en los que los sujetos activos actúan uno junto a otro, en una misma dirección, para la consecución de un resultado común. En todo caso, la intervención de una sola de las partes aunque sea la revestida de la función pública, no integra el tipo, porque no permite realizar la conducta, sino que se hace precisa la actuación conjunta, concurrente, de las dos, una de las cuales habrá de ostentar esa condición cualificada de autoridad o funcionario, no así la otra. Es un delito bilateral por antonomasia. Ciertamente que el texto legal comienza hablando de la autoridad o funcionario público y se refiere a la actuación dentro de sus funciones, pero el verbo nuclear del tipo “concertarse” exige, ineludiblemente, la intervención de otra persona. De suerte que por la propia naturaleza de la conducta sancionada y en estricto cumplimiento de las exigencias típicas, son sujetos activos ambos como coautores, al convenir para la ejecución de fraude, la autoridad y el particular que concurren en la formación de la voluntad, dirigida, en este caso al perjuicio a la administración.

En su redacción original, Código de 1995, se sancionaba a ambos autores, si que convenían en la defraudación. La redacción vigente del art. 65.3 del Código Penal por LO 15/2003, de 25 de noviembre, establece “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”. Lo que indujo a confusión a la Sala de instancia, también al Fiscal.



Es evidente que por la fecha de introducción de esta facultad, ningún obstáculo cronológico existe para hacer uso de la misma en hechos enjuiciados, ocurridos a partir de 2005. Sin embargo, el análisis conjunto del art. 436 y 65.3 del Código Penal, sencillamente no lo permiten. Es el que se considera recto entendimiento de la norma y la sujeción al principio de legalidad lo que respalda la interposición de esta queja casacional.

El legislador confiere la posibilidad de descenso de la pena, conforme a la propia literalidad del artículo al cooperador o inductor en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales. Pero en el caso del delito examinado son autores directos tanto el funcionario o autoridad como el particular, en tanto en la misma medida se precisan para el concierto, que, por lógica elemental, no puede tener lugar sin una de las partes. Y solo respecto de una parte, de uno de los sujetos se exige la condición de autoridad o funcionario. En definitiva, ello supone que al no requerirse en la otra cualidad específica, tampoco cabrá estimar ausencia de ella y, por ende, en ningún caso sería posible ese descenso en pena, por aplicación del art. 65.3 del Código Penal. Ni siquiera cuando, en contra de la ley se hubiera pedido por la parte acusadora.

La pena legal será la fijada en el precepto vigente antes de la reforma de 2010, en el que se preveía la de prisión de uno a tres años e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. En ese marco penológico habrá de moverse la individualización de la pena, con la estimación de las circunstancias modificativas que se sean aplicables.

Consecuencia de la acogida del motivo será la casación de la sentencia en este punto y el dictado de otra en la que se modifiquen las penas impuestas.

D. Ignacio Urdangarín, fue condenado por el delito de fraude a la administración con aplicación del art. 65.3 Código Penal, estimando la atenuante simple de reparación del daño, para el que se acordó la pena de 7 meses de prisión de inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 4 años y 6 meses. Suprimido el



descenso del citado precepto, por las razones expuestas, se entiende ajusta la imposición de la pena de 2 años de prisión y 6 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares.

Similar modificación habrá de operarse en las penas impuestas para D. Diego Torres. Condenado en la sentencia que se impugna 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, a 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. En este caso sin concurso de atenuante alguna, al no concurrir el art. 65.3 del Código Penal, como se viene postulando, se estima pertinente la imposición de la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Baleares por tiempo de 7 años.

#### **MOTIVO SEXTO.**

Al amparo, asimismo, del art. 849.1º de la LECrim denuncia infringidos por inaplicación los arts. 404 y 74 CP.

#### **Breve extracto del motivo.**

A tenor del relato de hechos que se declaran probados, entiende este Ministerio Fiscal que, en contra de lo declarado por la Sala, se ha cometido un delito continuado de prevaricación, al resolverse la firma de tres convenios entre la Comunidad Autónoma de Valencia y los Sres. Urdangarín y Torres, prescindiendo plenamente de las normas de procedimiento que regulan los contratos celebrados.

#### **Desarrollo de su contenido.**

Reiterando las consideraciones realizadas en los motivos primero y segundo respecto al alcance y ámbito de la revisión casacional cuando se trata de sentencias absolutorias, se desarrollará la argumentación que sustenta la petición de apreciación del delito de prevaricación continuada por los Convenios de 2005, 2006 y 2007 de Valencia Summit partiendo de los datos consignados como hechos probados, en el



entendimiento que la concurrencia del tipo subjetivo del delito continuado de prevaricación fluye de aquellos sin alterarlos.

El Fiscal que suscribe, entiende que el delito de prevaricación se configura en régimen de continuidad delictiva del artículo 74 CP cuando coinciden los sujetos activos. Por lo que salvo D. José Manuel Aguilar Colas, respecto del que el Fiscal interesa la condena, como autor responsable, por un solo delito de prevaricación relativo al Convenio de 2004, para D. Luís Lobón, D. Jorge Vela y Dña. Elisa Maldonado, procede la condena como autores responsables (artículo 28 CP) de un delito de prevaricación del artículo 404 CP en continuidad delictiva.

Por el contrario, carece de practicidad el motivo por delito continuado de prevaricación respecto de los Sres. Urdagarín y Torres, precisamente como consecuencia de la calificación formulada por el Fiscal en la instancia y la condena por delito continuado de prevaricación, en concurso con falsedad también continuado y malversación, en el supuesto de Baleares, obviamente, en su participación como *extranei*. En lo que abunda los hechos que se declaran probados cuyo tenor no resulta de igual modo concluyente, en la delimitación de la intervención instigadora de los citados acusados.

Con sujeción, pues, al factum de la sentencia - lo que esta Sala ha llamado el a, b, c, de la casación por error iuris- se comienza con una reseña de los hechos probados, como en anteriores motivos, que se entiende oportuna en atención a la extensión de los mismos, procediendo a la transcripción de aquellos pasajes que hacen posible la apreciación del delito de prevaricación por el que la Fiscalía sostuvo la acusación en el acto del plenario, sin perjuicio de la remisión al texto íntegro de la resolución impugnada para la debida contextualización de dichas expresiones, como ya se ha hecho en el motivo precedente.

Al folio 34 y siguientes de la Sentencia constan los siguientes hechos probados:

*“La entidad CIUDAD DE LAS ARTES Y LAS CIENCIAS SA (en adelante CACSA SA) es una **empresa pública** propiedad de la Generalitat Valenciana, integrada en la Secretaría de Eventos y Proyectos, a su vez dependiente de la*



Consellería de Economía y Hacienda. En la fecha en la que se sitúan los hechos D. Luis Lobón, ostentaba el cargo de Secretario Autonómico de Eventos.

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

La sociedad, sin perjuicio de su dependencia a la Presidencia de la Generalitat tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar para el desarrollo de sus fines, patrimonio propio y una administración autónoma **rigiéndose** por lo establecido en el decreto legislativo de 26 de junio de 1991 del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se aprueba el texto refundido de la ley de la Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, ley de sociedades anónimas y sus propios estatutos.

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

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

La entidad compagina su naturaleza de ente público con un claro fin comercial, estando clasificada como productor de mercado al tratarse de una entidad que se financia básicamente con sus ingresos comerciales por la venta de bienes y servicios”.

**JOSE MANUEL AGUILAR COLAS**, ejerció el cargo de Director General de CACSA desde Julio de 2002 a enero de 2005, siendo sustituido desde 13-3-05 hasta el 18-12-09 por **D. JORGE VELA BARGUES**.

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



**DOÑA ELISA MALDONADO** que había comenzado a trabajar en la entidad CACSA desde 16-09-1992 como administrativa en virtud de contrato de trabajo temporal al amparo del RD 1989/84, pasó el día 27-10-1997 a prestar sus servicios como coordinadora de los servicios jurídicos, puesto que desempeñó hasta el día 1 de Noviembre de 2002, en dicha fecha pasó a ejercer las funciones de Directora de Gestión, no siendo formalmente designada para dicho puesto hasta el 1-3-06.

Al folio 42 digital establece en los hechos probados:

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

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

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

Tras dicha reunión, **D. Ignacio Urdangarín**, en fecha 16-1-04, remitió a **Doña Rita Barberá** una carta en la que agradecía la aportación de la Alcaldesa [...]





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

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

En fecha **14-4-04 Don Ignacio Urdangarín remite una carta** suscrita por él mismo, en representación del Instituto NOOS, dirigida a **Franciso Camps** en la que interesa la pronta información sobre confirmación del proyecto, a fin de poder cerrar agendas de los ponentes en caso afirmativo y, en caso negativo poder informar a sus colaboradores. Dicha carta, tuvo entrada en Presidencia, dándose traslado de la misma al Comisionado de la Copa América, sin que haya resultado acreditado que la recibiera personalmente D. Francisco Camps.

En la entidad CACSA, **la propuesta fue aceptada por su Director General, D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno del sr Lobón**. Si bien se decidió no afrontar la totalidad de financiación económica, sino que ésta se compartiría con FTVCB al existir un Convenio entre ambas, no habiendo quedado acreditado que el único motivo para aceptar fuera que la persona que las ofrecía D. Ignacio Urdangarín, disfrutaba de un privilegiado posicionamiento institucional, con ocasión de su proximidad, a la jefatura del Estado y tuvieran la intención de favorecerle por tal motivo. Siendo igualmente posible que la decisión se adoptara en atención a que el evento diseñado por el Instituto NOOS referido a turismo y deporte se ajustaba a lo



que por el responsable político Sr Lobón y el gestor Sr Aguilar, como director General de CACSA SA, se consideraron necesidades de la ciudad de Valencia por haber sido elegida como sede de la copa América y junto a ello pudo influir de forma decisiva la fiabilidad que aportaba la perona de D. Ignacio Urdangarín por su posición social y el área de influencia a la que tenía acceso, dada su condición de ex deportista de élite, sus relaciones con los principales dirigentes que regían los organismos del deporte mundial, con ocasión del cargo de vicepresidente del COE que ostentó, y la solidez del proyecto presentado en el transcurso de la reunión. Todo ello unido al beneficio que para la promoción de la ciudad de Valencia se podría derivar de la celebración de las cumbres que pretendía organizar.

Paralelamente, la propuesta (DESAFIO), que no es descartable que se hubiera ya comentado por **Doña Rita Barbera** en reuniones del consejo rector del consorcio o en el comisionado, le fue trasladada al Sr Grau por el sr **Lobón** en el curso de algunas de sus respectivas responsabilidades oficiales y actos en los que coincidían, informándole de la existencia del proyecto del instituto NOOS, y la posibilidad de que junto con CACSA fuera patrocinado por la FTVCB, dado el convenio de colaboración que ambas entidades CACSA y FTVCB tienen entre sí [...].”

En lo que respecta a la firma de los convenios, se dice al folio 45:

“Con fecha **8 de septiembre de 2004**, **JOSE MANUEL AGUILAR**, actuando en nombre y representación de CACSA SA, **D. JOSE SALINAS NOVELLAS**, que lo hacía en nombre y representación de la FTVCB y **D. DIEGO TORRES**, actuando en nombre de INSITUTO NOOS, suscribieron lo que se denominó “convenio de colaboración” para la celebración del evento “Valencia Summit”: cumbre internacional sobre ciudades y deporte, teniendo el Instituto NOOS la consideración de “organizador” y FTVCB y CACSA la de “colaboradores”.

En el apartado quinto del expositivo del convenio se hizo alusión a la finalidad que perseguían tanto CACSA SA como FTVCB, haciendo constar que las partes en el ámbito de sus respectivas actividades están interesadas en la **promoción de la ciudad de Valencia como destino turístico cultural y deportivo**. Así FTVCB y CACSA SA están diseñando la realización de una intensa labor de comunicación, explotación y proyección de la imagen exterior de Valencia en paralelo con la 32ª



*America's Cup. En estas circunstancias FTVCB y CACSA se plantean la necesidad de desarrollar actuaciones complementarias a la competición deportiva propiamente dicha, que permitan rentabilizar la condición de sede del evento”*

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

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

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

*- No ha quedado acreditado que en el seno de CACSA SA, D. Luis Lobón ordenase a D. José Manuel Aguilar Colás que, tramitase un Convenio de Colaboración con el Instituto NOOS por el importe y en las condiciones propuestas por el representante de esta última entidad, sin efectivo control en la determinación del*



canon que se fijó. Así como tampoco, que la financiación solicitada para llevar a cabo el evento fuera desproporcionada, en relación a otros acuerdos similares suscritos en la entidad. Ni que la fórmula del Convenio de Colaboración fuera elegida para orillar deliberadamente la ley de Contratos de la Administración Pública, al objeto de obviar la realización de un concurso público y poder beneficiar directamente al Instituto NOOS.

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

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

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

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

Por lo que respecta a la **ejecución del contrato al folio 48**, dice la sentencia:

- “Los pagos en concepto de canon para el Instituto NOOS se llevaron a cabo tanto por CACSA, SA como por FTVCB, con posterioridad a la celebración de los eventos, que se celebraron en Valencia en los días 27, 28 y 29 de octubre de 2004 y, en los correlativos correspondientes a los años 2005 y 2006. Por tanto, después de constatar la celebración de los mismos, la realidad de las actuaciones materializadas,



y que lo que se había previsto en el proyecto se había llevado a cabo; sin que se fijara en el contrato la obligación de justificar el destino de la cantidad entregada. A la que se denominó canon, denominación a la que también se hace mención en un acta del consejo Rector en referencia al patrocinio de la copa América.”

En cuanto a la suscripción de las addendas de 2005 y 2006, dice la sentencia:

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

A tales efectos, con fecha 3-10-05 se suscribió el segundo convenio de colaboración al que se le dio forma de “addenda” en el que se mantuvo especialmente la forma del convenio anterior, con idénticos importes y forma de pago del canon, si bien se introdujeron modificaciones para puntualizar la contribución de cada una de las entidades colaboradoras.

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

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



2006. Como ocurriera con las ediciones anteriores, la cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido realizada en los términos acordados.

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

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

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

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

Comoquiera que la misma no había intervenido (o únicamente en aspectos puntuales) en la elaboración del Convenio inicial y en la addenda, confeccionó el informe tras tomar conocimiento de la información que constaba en la entidad referida al Programa de la Cumbre, lista de personas que habían participado, como conferenciantes y observadores, entre ellos personalidades del mundo académico y deportivo, dossier de prensa en el que se plasma la repercusión del evento en los distintos medios de comunicación y que incluye el texto de las noticias y artículos publicados. E igualmente, se informó a través de la responsable del departamento de prensa de CACSA, elaborando con base en dicha información el informe de fecha 1-09-05.



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

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

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

Tras declarar probados los anteriores hechos, la Sala de instancia al folio 740 (digital) absuelve a D. Luís Lobón Martín, D. José Manuel Aguilar Colás, D. Jorge Vela Bargués, Dña. Elisa Maldonado Garrido, de los delitos de los que venían acusados en el escrito de calificación provisional elevada a definitiva. Delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.2 Código Penal, delito de prevaricación del artículo 404 CP, delito de fraude a la Administración del artículo 436 CP, delito de falsedad en documento público por funcionario del artículo 390 CP, y D. Diego Torres y D. Ignacio Urdangarín de los delitos de malversación, fraude a la Administración, y delito de falsedad documental en documento mercantil del artículo 392 Código Penal en relación con los artículos 390 apartados 2 y 3 del mismo texto legal. Y en relación de continuidad delictiva del artículo 74 del Código Penal por cada uno de los Valencia Summit que se celebraron.

En relación con los hechos probados, que parcialmente han quedado transcritos, procedería la condena de D. Luís Lobón, y D. José Manuel Aguilar Colas, en quienes concurre la cualidad de autoridad o funcionario público, como autores responsables ambos por un **delito de prevaricación del artículo 404 CP**, en relación



con el Convenio de 2004. y de D. Luis Lobón, D. Jorge Vela, Y Dña Elisa Maldonado en quienes concurre la cualidad de autoridad o funcionario público, como autores responsables de **sendos delitos de prevaricación** del artículo 404 CP en relación con las adendas de 2005 y 2006.

Se hace oportuno analizar en cierto detalla los requisitos establecidos por esta Excma. Sala para la apreciación del tipo delictivo de prevaricación cuya apreciación se postula, entendido como delito especial propio, previsto en el artículo 404 del Código Penal, a fin de concluir si ha existido inaplicación indebida del tipo penal.

Una doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario: **a)** una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; **b)** que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; **c)** que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; **d)** que ocasione un resultado materialmente injusto; **e)** que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

El delito de prevaricación es un delito especial propio, en la medida en que el sujeto activo viene determinado por el tipo y, queda circunscrito a quienes ostentan la condición de autoridad o funcionario público, quedando por determinar la calificación y punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito de prevaricación y su admisión jurisprudencial.

En el **ámbito de empresas de capital público** la STS 149/2015, de 11 de marzo de 2015, analiza los **requisitos del delito de prevaricación**, (entendido como ya hemos dicho como delito especial propio, y por tanto aplicable la jurisprudencia dicha anteriormente respecto a la participación y punibilidad del *extraneus*) y afirma:





[...] “en el ámbito del delito de prevaricación en contratos de empresas de capital público, el Derecho Penal no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública, que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas del delito de prevaricación. El delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que, cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo.

Los requisitos de la prevaricación, en los supuestos de empresas de capital público, son los siguientes:

**a) La condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública;**

“se realiza un correcto acercamiento a la caracterización de ese concepto en el ámbito penal que, como es sobradamente conocido, se aparta del administrativo. Se atiende a la materialidad: el nombramiento y ejercicio de funciones públicas es lo relevante (SSTS 1292/2000 o 68/2003 u 866/2003 de 16 de junio: lo decisivo es la función realizada dentro de un organigrama de servicio público). Puede verse en particular STS 876/2006, de 6 de noviembre.” (STS 166/2014 de 28 de febrero)

Así lo reconoce la sentencia que se impugna en los razonamientos jurídicos al folio 287 y siguientes, cuando se refiere a este concepto en relación a los Illes Balears Forum:



*“El concepto de funcionario público contenido en el artículo 24.2 CP, conforme al cual “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas” es un concepto independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del derecho administrativo, pues mientras para éste los funcionarios son personas incorporadas a la administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente “la participación en la función pública” a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto.*

*Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (STS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto “nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, solo eventualmente coincide con los criterios de derecho administrativo”*

*Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aún la estabilidad o temporalidad, (STS de 4 de diciembre de 2001)*



*resultando suficiente un contrato laboral o un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento.*

*“A los efectos penales, así pues, el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto funcional. Precisa de dos presupuesto: el nombramiento por autoridad y la participación en el desempeño de funciones públicas” (STS 166/2014).*

*b) Que éste sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo.*

*En sentencia 429/12 de 21 de mayo de esta Sala afirma: “como recuerda la STS 627/2006, citando la STS de 22 de septiembre de 1993 “...por una resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el tema decidendi. Estas actuaciones pueden ser informes, propuestas, etc... son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como “actos de trámite” lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de contenido decisorio, puesto que la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realiza”.*

*Y, desde luego, “la existencia de una contratación irregular resulta patente con la existencia de acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de contratos de consultoría en el segundo y con el contrato laboral en el tercero”. (STS 600/14 de 3 de septiembre)*

*Un especial rigor reclama el carácter público de los fondos: “la presencia de capital público condiciona las resoluciones que, sobre contratación, sean dictadas en*



*la medida en la que se arriesgan fondos públicos. Esta es la razón por la que los entes instrumentales están sometidos a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación.” ... y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que a estos mismos efectos mantienen la cualidad de autoridades o funcionarios públicos, y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse al menos como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación”.*(STS 149/15 de 11 de marzo).

Por tanto, por resolución debe entenderse el acto administrativo, escrito o no, que integre una declaración de voluntad de contenido decisorio, adoptada sobre el fondo del asunto y carácter ejecutivo.

*c) Que dicha resolución sea arbitraria, en el sentido de que se trate de un acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho;*

En palabras de esta Sala “La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones [...].

*Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho”. (STS de 11 de marzo de 2015)*

De modo que [...] “el delito de prevaricación administrativa, es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues **nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios”.**



*“La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.*

*Quando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. (STS 600/2014 de 3 de septiembre)*

*“el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues **nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios**”. Como se dice en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre.*

Como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre:

*“La arbitrariedad, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones*



*constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.*

*En el caso actual, es claro que fue exclusivamente la voluntad personal del Vice Consejero, y su urgencia por adjudicar la realización de las placas, lo que motivó una vulneración absoluta del procedimiento prevenido para la adjudicación*

*Es cierto que el objetivo del recurrente era laudable, al pretender homenajear con las placas a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior. Pero precisamente por ello, esta finalidad no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales, para hacer efectiva la voluntad del Vice Consejero por vía de hecho, pues no hay nada más incongruente que pretender homenajear a las víctimas que defendían la legalidad republicana vulnerando deliberadamente, por razones de pretendida urgencia, la legalidad ínsita al actual régimen constitucional.”*

**d)** Que se dicte en un asunto administrativo, es decir en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, deban respetarse los principios administrativos de publicidad y concurrencia. *“La presencia de capital público condiciona las resoluciones que, sobre contratación, sean dictadas en la medida en la que se arriesgan fondos públicos. Esta es la razón por la que los entes instrumentales están sometidos a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación. Y añade...”*y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que a estos mismos efectos mantienen la cualidad de autoridades o funcionarios públicos, y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse al menos como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación”. (SSTS 149/15 de marzo)



Por tanto, se entiende que cuando afecte a caudales públicos las resoluciones que han de dictarse resulta condicionada por principios de publicidad y concurrencia y puede por tanto entenderse que son resoluciones dictadas en un asunto administrativo.

e) Que se dicte "a sabiendas de su injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable.

A este respecto se evidencia ese conocimiento cuando solo en la propia y arbitraria voluntad se sustenta la decisión "..., *la decisión del recurrente de adjudicar unos contratos de manera que en la práctica se excluía toda transparencia y a cualquier otro competidor, constituía una resolución **que el recurrente adoptó con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo.***" (STS de 30/04/15)

#### **Concurrencia de estos requisitos en los hechos probados.**

Expuestos los elementos y requisitos exigidos jurisprudencialmente para la existencia del delito de prevaricación en el ámbito de las empresas públicas, resta por analizar los mismos, en relación con los hechos probados contenidos en la sentencia, tanto respecto del Convenio de 2004, como a cada una de las adendas 2005 y 2006:

#### **Convenio de 8 de septiembre de 2004.**

a) La condición funcional del sujeto activo.

Establecidos los criterios en los que se asientan los conceptos de autoridad y funcionario público, desde la perspectiva del derecho penal, y según los hechos probados, parece fuera de toda duda que D. Luís Lobón, en su condición de Secretario Autonómico de Eventos, tenía la consideración de autoridad y que como tal y como consejero de CACSA, era superior directo de D. José Manuel Aguilar y D. Jorge Vela.



D. José Manuel Aguilar, ejerció como Director General de CACSA SA desde julio de 2002 a enero de 2005 en que fue sustituido por D. Jorge Vela Bargues. CACSA SA es una empresa pública, propiedad de la Generalitat Valenciana, integrada en la Secretaría de Eventos y Proyectos, a su vez dependiente de la Consellería de Economía y Hacienda con capital suscrito enteramente por la Generalidad Valenciana.

Su objeto social es la promoción, organización y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, construcción y puesta en funcionamiento de los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y las ciencias de Valencia.

La sentencia recurrida, al folio 290 en los razonamientos jurídicos relativos a los hechos de la Comunidad Autónoma Balear, afirma:

*“que los entes instrumentales aun cuando adopten una forma independiente y cuenten con personalidad jurídica propia, con la finalidad de disponer de un funcionamiento más ágil y eficaz, se entiende que participan en el ejercicio de la función pública si su actividad responde a un interés público. Es decir, se trata de determinar si el ente instrumental tiene vocación de servicio a la Administración aun cuando prestara servicios a terceros, en la medida en la que esta circunstancia no enturbiaría esa finalidad social predominante y caracterizadora”.*

Si se tiene en cuenta el objeto social de CACSA SA *“la promoción, organización y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, construcción y puesta en funcionamiento de los proyectos de la Generalitat Valenciana”* y que D. JOSE MANUEL AGUILAR era Director General de CACSA, se entiende y deduce que él mismo participaba en el ejercicio de la función pública que le era atribuída a CACSA SA, como gestora de proyectos de la Generalitat Valenciana, ya que su objeto social responde a un interés público, un interés general.

*En la entidad CACSA, **la propuesta fue aceptada por su Director General, D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno del sr Lobón.** Si bien se decidió no afrontar la totalidad de financiación económica, sino que ésta se compartiría con FTVCB al existir un Convenio entre ambas, no habiendo quedado acreditado que el*





único motivo para aceptar fuera que la persona que las ofrecía D. Ignacio Urdangarín, disfrutaba de un privilegiado posicionamiento institucional, con ocasión de su proximidad, a la jefatura del Estado y tuvieran la intención de favorecerle por tal motivo. Siendo igualmente posible que la decisión se adoptara en atención a que el evento diseñado por el Instituto NOOS referido a turismo y deporte se ajustaba a lo que por el responsable político Sr Lobón y el gestor Sr Aguilar, como director General de CACSA SA, se consideraron necesidades de la ciudad de Valencia por haber sido elegida como sede de la copa América y junto a ello pudo influir de forma decisiva la fiabilidad que aportaba la persona de D. Ignacio Urdangarín por su posición social y el área de influencia a la que tenía acceso, dada su condición de ex deportista de élite, sus relaciones con los principales dirigentes que regían los organismos del deporte mundial, con ocasión del cargo de vicepresidente del COE que ostentó, y la solidez del proyecto presentado en el transcurso de la reunión. Todo ello unido al beneficio que para la promoción de la ciudad de Valencia se podría derivar de la celebración de las cumbres que pretendía organizar.”

Por tanto, del propio tenor literal de la sentencia que se impugna, y a *sensu contrario*, resulta que el único motivo que consta acreditado para que CACSA aceptara la propuesta del Instituto NOOS fue la posición institucional de D. Ignacio Urdangarín. Su proximidad a la jefatura del Estado resultó determinante para mover la voluntad de la autoridad que asumió sin cuestionamiento a sus propuestas “*en la entidad CACSA la propuesta fue aceptada por el Director General D. JOSE MANUEL AGUILAR, con el visto bueno de D. LUIS LOBON*”, accediendo no solo a la contratación de la mercantil de la que era partícipe al 50% junto con Diego Torres sino a las condiciones de contratación propuestas por él.

D. Ignacio Urdangarín envió una carta de agradecimiento a D<sup>a</sup> Rita Barberá y otra a D. Francisco Camps a quien solicitó contestación sobre la celebración o no del convenio de colaboración con la finalidad de avisar a los ponentes.

Dicha misiva fue enviada en abril de 2004. El convenio es de septiembre de 2004 y el Valencia Summit se celebró en los días sucesivos.



**b)** Que éste sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo.

*“La propuesta del Instituto NOOS”* que aceptó D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno de D. Luís Lobón, se plasmó en el convenio de colaboración de 8 de Septiembre de 2004, que fue firmado por Diego Torres, en representación del Instituto NOOS, y D. José Manuel Aguilar, como Director General de CACSA SA.

El convenio antes dicho, es entendido como una resolución, acto que encierra una declaración expresa de voluntad como es la celebración de una cumbre internacional sobre ciudades y deporte, teniendo el Instituto NOOS la consideración de organización y FTVCB y CACSA la consideración de colaboradores.

Dicha resolución tenía carácter ejecutivo pues con ella CACSA SA comprometía su capital público, en la cantidad de 450.000 €, que fue fijada en concepto de canon, más una cantidad máxima establecida en el presupuesto en concepto de gastos suplidos, que la sentencia omite precisar a cuanto ascendió. El presupuesto, antes dicho, se adjuntó al Convenio integrándose en el texto del mismo.

Concurren así las circunstancias exigidas jurisprudencialmente para que tenga la consideración de resolución.

**c)** Que dicha resolución sea arbitraria, en el sentido de que se trate de un acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho.

Puede ser que la resolución administrativa tenga un objetivo loable, pero esa finalidad, en ningún caso, puede obtenerse comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales, utilizando la vía de hecho, de forma que se excluya la ponderación de la concurrencia de otras aplicaciones de los fondos públicos cuya bondad o interés concreto sea superior.

Cabe recordar con este Tribunal que *“Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario público dicta una resolución que no es efecto de*



*una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular...” STS 5 de abril de 2000.*

La sentencia que se impugna al folio 300 en los razonamientos jurídicos en relación a la Comunidad Autónoma Balear establece:

*“El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Por tanto, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto. En estos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que establece la ley para la actuación administrativa concreta.”*

Tal y como hemos hecho constar en los hechos probados transcritos a los folios 42 a 44 (hechos probados numerados de 6 a 8) que parcialmente se reiteran ahora:

*En la entidad CACSA, **la propuesta fue aceptada por su Director General, D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno del sr Lobón.** Si bien se decidió no afrontar la totalidad de financiación económica, sino que ésta se compartiría con FTVCB al existir un Convenio entre ambas, no habiendo quedado acreditado que el único motivo para aceptar fuera que la persona que las ofrecía D. Ignacio Urdangarín, disfrutaba de un privilegiado posicionamiento institucional, con ocasión de su proximidad, a la jefatura del Estado y tuvieran la intención de favorecerle por tal motivo. Siendo igualmente posible que la decisión se adoptara en atención a que el evento diseñado por el Instituto NOOS referido a turismo y deporte se ajustaba a lo que por el responsable político Sr Lobón y el gestor Sr Aguilar, como director General de CACSA SA, se consideraron necesidades de la ciudad de Valencia por haber sido*



*elegida como sede de la copa América y junto a ello pudo influir de forma decisiva la fiabilidad que aportaba la perona de D. Ignacio Urdangarín por su posición social y el área de influencia a la que tenía acceso, dada su condición de ex deportista de élite, sus relaciones con los principales dirigentes que regían los organismos del deporte mundial, con ocasión del cargo de vicepresidente del COE que ostentó, y la solidez del proyecto presentado en el transcurso de la reunión. Todo ello unido al beneficio que para la promoción de la ciudad de Valencia se podría derivar de la celebración de las cumbres que pretendía organizar.*

Por tanto, y como ya hemos anticipado al referirnos a la participación del *extraneus*, a *contrario sensu*, es el único motivo acreditado, por el que D. José Manuel Aguilar, con el visto bueno de D. Luís Lobón, aceptó **la propuesta y financiación** de las cumbres propuestas por el Instituto NOOS, fue el privilegiado posicionamiento institucional de D. Ignacio Urdangarin, con ocasión de su proximidad a la Jefatura del Estado, siendo los otros motivos aludidos ( que el evento diseñado se ajustara a las necesidades de la Ciudad de Valencia, o la condición de ex deportista de élite y la fiabilidad que de ella derivaba) solamente posibles, no habiendo quedado acreditado, según los hechos probados, que los mismos existieran a la hora de tomar la decisión, planteándose como mera hipótesis dialécticas. En cualquier caso, no parece que constituyera una “necesidad” tratándose de la publicidad de la ciudad de Valencia durante unos días. Que, además, ya había sido declarada sede de la Copa América. Y en cuanto a la considerada decisiva “ *fiabilidad que aportaba la persona de D. Ignacio Urdangarín por su posición social y el área de influencia a la que tenía acceso*”, es hecho notorio- que no requiere prueba- que ello solo obedecía a su proximidad, por matrimonio, a la Jefatura del Estado. No se refiere en la sentencia trayectoria empresarial que le hiciera merecedor de especial crédito en el sector. Su condición de “ex deportitsta de élite” tiene, asimismo, poco recorrido. Hasta el momento de su matrimonio era una persona anónima, desde luego, en el mundo empresarial, como lo eran sus compañeros de equipo con similar curriculum deportivo, solo conocido por los seguidores del deporte que practicaba.

Este privilegiado entorno institucional ya fue reconocido a D. Ignacio Urdangarín, en la sentencia que se impugna, al folio 24, en relación a los hechos probados relativos a Comunidad Autónoma Balear:



*“la ascendencia ejercida por D. IGNACIO URDANGARIN, nacida de la íntima relación de amistad que mantenía con el entonces Director General de Deportes, D. JOSE LUIS BALLESTER, y fundamentalmente, del privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba, dada su proximidad a la Jefatura del Estado, por cuanto en aquellas fechas (finales de 2004, principios de 2005) formaba parte de la Familia Real, con ocasión de la relación de parentesco que por vínculo matrimonial había adquirido, propició que el Presidente del Govern, decidiera aceptar la propuesta, omitiendo los trámites legalmente establecidos, y convocara una reunión[...] en el curso de la cual D IGNACIO URDANGARIN expuso verbalmente el proyecto relativo a la realización de un Foro internacional sobre turismo y deporte[...]*

El grado de relevancia institucional de D. Ignacio Urdangarin, por razón de su matrinio, explica todas las actuaciones y contactos previos, que fueron necesarios antes de la firma del convenio. Solo esta circunstancia le permite acceder a la Sra. Barberá, entonces alcaldesa de Valencia, y al propio Sr. Camps, presidente de la Comunidad Valenciana. Y solo como consecuencia de los mismos, tuvo lugar una reunión con los representantes de CACSA e INOOS, fruto de la cual se firma del Convenio de 2004, prescindiendo de los trámites esenciales del procedimiento, mejor dicho, sin ningun trámite procedimental, según el devenir de los hechos que declara probados la sentencia. Dichas actuaciones se concretan en las siguientes conforme a la sentencia que se impugna:

-Que Dña Rita Barberá, en fecha no precisada pero posterior a Noviembre de 2003, -y por tanto unos 10 meses antes de la firma del Convenio- tuvo una reunión con D. Ignacio Urdangarin para que éste pudiera explicar su reciente incorporación a Instituto NOOS.

-Como consecuencia de dicha reunión, Dña Rita Barberá, remitió a D. Ignacio Urdangarin a CACSA y FTVCB, con quienes finalmente el Instituto NOOS firmó el convenio sin tramitación de expediente alguno.

-Que D. Ignacio Urdangarín, remitió una carta de agradecimiento en enero de 2004 a Dña Rita Barberá por la atención prestada, y por tanto ocho meses antes de la firma del convenio.



- D. Ignacio Urdangarín mantuvo un contacto con D. Francisco Camps, entonces Presidente de la Comunidad Valenciana, al que cinco meses antes de la celebración del primer Convenio, es decir en abril de 2004, D Ignacio Urdangarin remitió una carta suscrita por el mismo, interesándole la pronta información sobre la confirmación del proyecto, a fin de poder cerrar las agendas de los ponentes en caso afirmativo, y en caso negativo poder informar a sus colaboradores.

Esta y no otra es la razón que sustenta y explica la ausencia de expediente y tramitación administrativa de ningún tipo, al igual que sucedió en la Comunidad Balear.

A esta conclusión, llega implícitamente la sentencia impugnada, en los razonamientos jurídicos, al último párrafo del folio 589 y segundo párrafo del folio 590 al tratar el tema de la malversación:

*“De ello se colige que la decisión concernida a la contratación del Instituto NOOS no dimana exclusivamente de D. LUIS LOBON MARTIN, en su condición de Secretario Autonómico de Eventos de la Generalitat Valenciana, de D. JORGE VELA BARGUES, Y de D. JOSE MANUEL AGUILAR, quienes ocuparon sucesivamente el cargo de Director-Gerente de CACSA, SA o de DÑA ELISA MALDONADO GARRIDO, Directora de Gestión de CACSA, SA. [...]”*

*[...] “Adviertase, que la conclusión alcanzada viene reforzada por el hecho de que los representantes del Instituto NOOS a quienes se dirigen es, al entonces Presidente de la Comunidad Valenciana, D. FRANCISCO CAMPS, y, a la entonces alcaldesa de Valencia, DÑA RITA BARBERA, como resulta de las misivas que les remite D. IGNACIO URDANGARIN. Resultando acreditado, por lo que respecta a la entonces alcaldesa de Valencia, a partir de la documental antedicha y del contenido de su declaración plenaria, que se entrevistó con D. IGNACIO URDANGARIN.”*

**d)** Que se dicte en un asunto administrativo, es decir en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete



caudales públicos, deban respetarse los principios administrativos de publicidad y concurrencia.

Para la firma de tal convenio entre CACSA, FTVCB e INSTITUTO NOOS de 8 de septiembre de 2004, no se tramitó expediente administrativo alguno, solo se documentó en el sistema SAB, sin ajustarse en ningún momento a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Con ello se aseguraba que la organización del Valencia Summit fuera concedida al Instituto NOOS, dónde junto a D. Diego Torres se había incorporado recientemente D. Ignacio Urdangarín.

Sin embargo, la Sala justifica, en el presente caso, la no sumisión a los principios de publicidad y concurrencia, interpretando de forma excesivamente estricta los artículos 1.1, 1.2, 1.3 y 2 del TRLCAP de 2000 (que por otro lado son idénticos en su regulación a lo contenido en la legislación del 1995, y cuyo contenido se mantuvo tras la modificación operada por la LCSP de 2007, en cuyo artículo 3. B, se recoge el concepto de poder adjudicador, atribuyendo dicho concepto a las mismas entidades que se recogen en el TRLCAP 2000, y que con posterioridad se mantiene en el TRLCSP de 2011 el artículo 3.B y que se desarrollará más adelante. Entiende que CACSA SA, compagina su naturaleza de ente público con un claro fin comercial, estando clasificada como productor de mercado al tratarse de una entidad que se financia básicamente con sus ingresos comerciales por la venta de bienes y servicios. Y, por ello, excluye a CACSA SA del concepto de Administración pública en el sentido del artículo 1.3 y 2 de la ley, a efectos de aplicación de la LCE (razonamientos jurídicos a los folios de la sentencia: 591, 593, 594, 595, párrafo 3 F 596, 597, 598, 601, 602)

*“Y CACSA es una empresa con un fin comercial, que explota un complejo vendiendo entradas en un entorno competitivo, con ánimo de lucro y que constituye una entidad de mercado a efectos del SEC 95 “*

La expresión “a efectos del SEC 95” supone la calificación de CACSA como una empresa con fin comercial única y exclusivamente a efectos contables y no a su consideración como Administración Pública.

En la página 597 declara la Sala:



“En cambio, si la calificamos como sociedad de derecho privado (de acuerdo con sus estatutos) el artículo segundo sí que exige expresamente que, además, hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, extremo este último que no cumpliría, ya que **no podemos descartar que se trate de una empresa con carácter mercantil.** (...) El concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” se refiere a aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, el Estado decide satisfacer, por razones de interés general, por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (Sentencia Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, As. C 3 73/00). Su apreciación en el caso concreto requiere un análisis de las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes en la creación del ente y en el desarrollo de su actividad. En ese análisis, **la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro, la no asunción de los riesgos derivados de su actividad y la eventual financiación pública de la misma son indicios del cumplimiento de este requisito de la directiva** /Sentencia Korhonen de 22 de mayo de 2003, As. C-18/01).”

Por tanto, la sentencia excluye a CACSA de la aplicación de la legislación de contratos del sector público por considerar que satisface necesidades de interés general, que tienen carácter mercantil o industrial.

Pasamos a analizar las circunstancias y condiciones por los que entendemos queda excluido el carácter mercantil o industrial de la actividad de CACSA SA y, por tanto, los motivos por los que CACSA tiene la consideración de Administración Pública, que ha de sujetarse al TRLCAP de 2000 primero y la LCSP 2007 después.

De acuerdo con la **jurisprudencia comunitaria** (STJCE 51/2003, Adolf Truley, apartado 66; 152/2003, de 22 de mayo, Korhonen y otros, apartados 48 y 49; 329/2003, de 16 de octubre, apartado 81; 77/2008, de 10 de abril, apartado 41), para determinar que las necesidades que satisface la entidad no tienen carácter industrial o mercantil, hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes:

**1/ las circunstancias que rodearon su creación y 2/ las condiciones en que ejerce su actividad:**





### **1/. Las circunstancias que hayan rodeado su creación:**

Si la entidad se crea por una Administración Pública para la satisfacción de necesidades de interés general y realiza sus actividades conforme a las instrucciones de dicha Administración, estamos ante un organismo de derecho público cualquiera que sea la importancia relativa de estas actividades no mercantiles frente a las mercantiles.

*“Como se ha expuesto en el apartado 39 de la presente sentencia, Fernwärme Wien fue creada con el objetivo específico de garantizar el suministro de calefacción en el término municipal de la ciudad de Viena. Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal (véase, en este sentido, la sentencia Korhonen y otros [TJCE 2003, 152], antes citada, apartado 54). 47. Procede añadir que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros [TJCE 1998, 3], antes citada, apartado 25; de 27 de febrero de 2003 [TJCE 2003, 51], Adolf Truley, C-373/00, Rec. pg. I-1931, apartado 56, así como Korhonen y otros [TJCE 2003, 152], antes citada, apartados 57 y 58).” STJCE de 10 de abril de 2008 (2008\77): 42.*

En similar sentido en STJCE de 16 de octubre de 2003 (2003\329) puede leerse:

*“Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado. 85. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer*



*están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado. 86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.*

Asimismo en STJCE 152/2003, de 22 de mayo, declara el Tribunal europeo: *”Por lo que se refiere a la observación de la Comisión según la cual no se puede descartar que la actividad de que se trata en el procedimiento principal solamente represente una parte muy reducida de las actividades de Taitotalo, es preciso recordar que esta circunstancia, suponiendo que haya sido probada, carece de pertinencia para la solución del litigio principal debido a que dicha sociedad sigue encargándose de necesidades de interés general. En virtud de reiterada jurisprudencia, en efecto, la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa, en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (véanse las sentencias, antes citadas, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros [TJCE 1998, 3] , apartados 25, 26 y 31; BFI Holding [ TJCE 1998, 268] , apartados 55 y 56, y Adolf Truley [TJCE 2003, 51] , apartado 56).*

En el caso que nos ocupa, CACSA se creó específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil porque la satisfacción de estas necesidades son competencia del ente matriz (la Generalitat Valenciana), que decide actuar, por razones de eficacia, creando CACSA.

Así resulta del Decreto 225/1991, de 9 de diciembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se acuerda su constitución (DOGV 3-1-1992), que dice:

***“La Generalitat Valenciana contempla entre sus proyectos, para dotar a la Comunidad Valenciana de los instrumentos adecuados que potencien el desarrollo de las telecomunicaciones, la formación de la cultura y el ocio, la construcción de una torre de comunicaciones y una ciudad de las ciencias y la tecnología. Dado lo avanzadas que se encuentran las actuaciones previas a la***



*ejecución de los proyectos y a los efectos de que la construcción y explotación se desarrolle con la agilidad que requiere la propia naturaleza de los proyectos, el Gobierno Valenciano, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.g) de la Ley 5/83, de 30 de diciembre, de Gobierno Valenciano, y el artículo 59 de la Ley 3/86, de 24 de octubre, de Patrimonio de la Generalitat, ha considerado conveniente la constitución de una sociedad mercantil, de las previstas en el artículo 5 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana”.*

El artículo tercero del Decreto establece:

*“La sociedad tendrá como objeto: a) La promoción, organización y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, construcción y puesta en funcionamiento de los **proyectos de la Generalitat Valenciana** denominados Valencia Telecom y Ciudad de las Ciencias y la Tecnología. b) La promoción, organización y gestión de la explotación de las actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren los proyectos a que se hace referencia en el párrafo anterior. c) La promoción, organización y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, urbanización, construcción, puesta en funcionamiento y explotación de los proyectos y servicios a desarrollar en el área número seis del suelo urbanizable no programado denominado en el Plan General de Ordenación Urbana de Valencia «Camino de las Moreras 1”.*

Así lo recoge la página 583 de la sentencia:

*“El objeto social determinante de CACSA es la promoción, organización y gestión de la explotación de actividades y servicios a desarrollar en los inmuebles e instalaciones que integren **los proyectos de la Generalitat Valenciana de la Ciudad de las Artes y de las Ciencias de Valencia.**”*

Por tanto, el fin o servicio para cuya gestión se crea CACSA es un fin propio del ente matriz, esto es, de la Generalitat Valenciana, lo que determina que sea un ente instrumental de la Generalitat.

**2/. Las condiciones en que ejerce su actividad,**



**2-a/ La falta de competencia en el mercado, aunque la existencia de competencia no permite, por sí sola, inferir que estamos ante una necesidad de interés general que tiene carácter mercantil.**

En este punto la STJCE 152/2003, de 22 de mayo, declara que “..., es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia, dado que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, la existencia de tal competencia puede constituir un indicio de que una necesidad de interés general tiene carácter industrial o mercantil (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding [TJCE 1998, 268], apartados 48 y 49). 50. No obstante, de los propios términos de esta última sentencia se desprende que la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (véase la sentencia Adolf Truley [TJCE 2003, 51], antes citada, apartado 61). La misma observación es válida por lo que se refiere a la circunstancia de que el organismo de que se trata pretende satisfacer específicamente las necesidades de empresas comerciales. Deben tenerse en cuenta otros factores antes de llegar a tal conclusión y, en particular, la cuestión de en qué condiciones ejerce sus actividades el organismo de que se trate”.

En STJCE 329/2003, de 16 de octubre, en igual sentido se declara que “... puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.”

**La construcción y explotación de los proyectos de la Generalitat Valenciana, por su condición de infraestructuras para la ciudad, no están sujetos a la competencia en el mercado y en concreto la promoción de la ciudad de Valencia como sede de eventos internacionales, para la promoción de su cultura, deporte y turismo.**



**2-b/.La falta de ánimo de lucro como objetivo principal.**

La ya citada STJCE 329/2003, de 16 de octubre de 2003 (2003\329):88, declara:

*“En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.”*

**El objetivo principal de CACSA no es el ánimo de lucro, sino que lo es, como afirma el propio Decreto que la crea, dotar a la Comunidad Valenciana de las infraestructuras necesarias para potenciar las telecomunicaciones, la formación, la cultura y el ocio.**

Resulta extremadamente reduccionista limitar a la venta de entradas el objetivo y actividad de CACSA.

**2-c/. La no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate.**

En este sentido la STJCE 152/2003, de 22 de mayo:53 establece que

*“En respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno finlandés indicó en la vista que, aunque sociedades como Taitotalo presentan, desde el punto de vista jurídico, pocas diferencias con las sociedades anónimas cuyo capital está en posesión de operadores privados, en la medida en que soportan los mismos riesgos económicos que éstas y pueden asimismo ser declaradas en quiebra, **los entes territoriales a los que pertenecen rara vez permitirán que se llegue a tal situación y procederán, en su caso, a recapitalizar dichas sociedades a fin de que puedan continuar asumiendo las funciones para las que fueron creadas, a saber, esencialmente, la mejora de las condiciones generales para el ejercicio de actividades económicas en el ente territorial de que se trate.**”*

Por el Convenio de 30 de marzo de 1999, que la sentencia transcribe, suscrito entre la Generalitat Valenciana (accionista único de CACSA) y CACSA, la Generalitat



se compromete a financiar a CACSA (mediante aportaciones de capital social, aportaciones para la compensación de pérdidas, concesión de subvenciones y la prestación de avales ante entidades financieras), asegurando una duración ilimitada de su gestión, garantizando así el cumplimiento del principio de empresa en funcionamiento.

Del informe de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas a las cuentas cerradas a 31-12-2014 (se puede consultar en la dirección web que se acompaña), resultan los siguientes datos:

[http://www.cac.es/transparencia/documentos/sindicatura\\_cuentas.pdf](http://www.cac.es/transparencia/documentos/sindicatura_cuentas.pdf)

- **Capital social:** 469.868.000 €.

- **Deudas financieras:** 698.397.000 de €, avaladas por la Generalitat o por el Instituto Valenciano de Finanzas (ente público de la Generalitat).

- **Subvenciones recibidas de la Generalitat Valenciana:**

Más de 65.000.000 de € en subvenciones.

- **Pérdidas del ejercicio 2014:** 49.411.000 de €.

- **Pérdidas del ejercicio 2013:** 47.502.000 de €.

De cuanto antecede se entiende obligado concluir, al respecto del carácter mercantil o industrial de las actividades de CACSA: De los hechos expuestos resulta que las necesidades de interés general que satisface CACSA no tienen carácter industrial o mercantil por las siguientes razones: 1) Haberse creado como ente instrumental de la Generalitat Valenciana para el cumplimiento de fines propios de ésta y según sus instrucciones; 2) No ser la actividad que realiza (construcción y explotación de los proyectos de la Generalitat) susceptible de competencia en el mercado; 3) Ser financiada por la Generalitat Valenciana, su único socio, mediante aportaciones de capital, subvenciones y avalando todas sus deudas financieras.

Excluido por tanto el carácter mercantil o industrial de las actividades que realiza CACSA SA, conlleva que ésta deba calificarse como organismo de Derecho Público a los efectos previstos en el artículo 1. 3 y 2 TRLCAP-2000 y por tanto la sumisión a la legislación de contratos, y a los principios de publicidad y concurrencia.



Aún considerando, tal y como hace la sentencia que se impugna, que CACSA no es Administración pública en el sentido del artículo 1.3 y 2, habría que analizar la Disposición Final 6 del mismo TRLCAP 2000. Por lo que procede a examinar el concepto de patrocinio y convenio de colaboración, para excluir o no la sumisión a la ley de contratos y los principios de publicidad y concurrencia.

A este respecto la Sentencia que se impugna, al folio 600 y en los razonamientos jurídicos dice :

*” 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. d) TRLCAP (Informes nº 33/97, de 10 de noviembre y 70/99, de 11 de Abril)”.*

En tal sentido y por lo que respecta al contrato de patrocinio:

La JCCA no ha dicho que la actividad de patrocinio a favor de la Administración se integra en la figura del convenio, sino que no es un contrato administrativo típico (de obras, servicios o suministros), debiendo reconducir dicha actividad de patrocinio al contrato privado o al contrato administrativo especial. **Añadiendo que este contrato de patrocinio, se califique como contrato administrativo especial o como contrato privado, habrá de adjudicarse con sujeción a las normas de la LCAP relativas a la preparación y adjudicación de los contratos, ante la inexistencia de normas administrativas específicas para la actividad de patrocinio.**

El Informe 70/99, de 11 de abril de 2000, de la JCCA, sobre convenio o contrato para el patrocinio de un foro internacional, dice:

*“Se plantea consulta sobre, Segundo: Si el gasto que se quiere realizar debe tramitarse de acuerdo con la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, como un convenio de colaboración (artículo 3. 1, d) o bien como contrato privado (artículo 9). (...).*



*En cuanto a la segunda posibilidad que se apunta, **la misma ha de quedar reconducida al contrato privado o al contrato administrativo especial, dado que el contrato de patrocinio que contempla el artículo 11 de la Ley General de Publicidad no es una categoría propia de los contratos de las Administraciones Públicas, sino que el mismo ha de encajarse, dejando aparte la de los contratos administrativos típicos, en la de contratos administrativos especiales o en la de contratos privados.***

*La respuesta afirmativa a esta segunda posibilidad que tendría su fundamento, si no existieran otras razones, en el principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe ser mantenida condicionada también al cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y no pudiendo expresarse una opinión en cuanto al objeto y contenido del posible contrato, dada la fórmula genérica utilizada en el escrito de consulta, si **debe mantenerse que este posible contrato, sea administrativo especial o privado, en defecto de normas específicas, inexistentes en el presente caso, habrá de adjudicarse con sujeción a las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a la preparación y adjudicación de los contratos***”.

En efecto, la preparación y adjudicación de los contratos que celebren las entidades públicas sometidas a la legislación de contratos se rigen:

a) Contratos administrativos: Por el TRCLCAP-2000. Artículo 7. 1, párrafo primero: *Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.*

b) Contratos administrativos especiales: Por sus normas administrativas especiales si existen y en su defecto, por el TRLCAP-2000. Artículo 7. 1, párrafo segundo: *No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente.* Artículo 8. 1: *Los contratos administrativos especiales se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.1.*





c) Contratos privados: Por sus normas administrativas especiales si existen y en su defecto, por el TRLCAP-2000. Artículo 9. 1: *Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo.*

En lo que respecto a la **celebración de los convenios previstos en el artículo 3. 1, d) del TRLCAP-2000 exige una norma específica que expresamente autorice a la Administración o entidad de derecho público a celebrarlos.**

El artículo 3. 1, d) del TRLCAP-2000, establece: *“Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.*

De lo expuesto, se deduce palmariamente el incumplimiento de debido sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia a los que están sometidos en su preparación y adjudicación.

e) Que se dicte "a sabiendas de su injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable.”

Y por tanto el apartamiento de la sumisión a la legislación de contratos, y a los principios de publicidad y concurrencia.

Lo que ya fue reconocido por la Sra Mallent, Asesora Jurídica de CACSA SA, cuyo testimonio fue valorado por la Sentencia en los razonamientos jurídicos, y que manifestó la necesidad de someter el convenio de 8 de septiembre de 2004 a los principios de publicidad y concurrencia:

Y así lo reconoce implícitamente en la sentencia en el Párrafo 3 del folio 622, de los razonamientos jurídicos en los que complementando los hechos probados se hace constar:



*“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 de sociedades privadas”.*

En los razonamientos jurídicos, complemento de los hechos probados, de la sentencia que se impugna, al folio 621 en el párrafo 2ª, establece:

*“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 FTVCB, que **las normas administrativas deben ser interpretadas conforme a la realidad social concurrente en el momento histórico de 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”.*

No pueden asumirse estos argumentos. No puede mantenerse que, con el mismo contenido de las disposiciones que regulan la materia, sin cambio legislativo, se diga que es palmario que la actuación está al margen de la legalidad en este momento, pero no lo estaba doce años antes, y para mantener tal aseveración argumente que “lo cierto es que la administración se conducía del modo descrito”. Y no lo es porque ello supone declarar que la administración actuaba palmariamente al margen de la legalidad de forma constante y reiterada, en todo caso, la reiteración en la inobservancia de la legalidad ni justifica aquella, ni modifica esta. De igual modo es rechazable que se declare que actuaban “aprovechando ciertas antinomias legales”, al margen de no precisar esas antinomias, cualquier lector interpretaría que se



actuaba con una interpretación torticera de la ley y, en todo caso, en ese aprovechamiento se sitúa ya el cabal conocimiento de la ilicitud de la conducta, el dolo. Todo Estado de Derecho debe amparar el cumplimiento de la ley al servicio de la sociedad no estándole permitido dar acogida a actitudes que favorecen y dejan impune una conducta ilícita, clamorosamente llevada a cabo. En fin, no señala la Sala cual sea la concreta explicación razonable de los acusados que ampare la creencia de poder hacerlo. Extremo que no es baladí, pues, si bien la valoración de la prueba es materia que incumbe con exclusividad al juzgador, su razonabilidad es susceptible de revisión, por lo que debe consignarse detalladamente. Por el contrario, de la burda “tramitación” de los expedientes, del hecho de disponer de tan elevadas cantidades de los fondos públicos, del dato de no exigir justificación alguna de los gastos... de la lectura de los hechos probados, fluye con claridad que los acusados, tanto los cooperadores necesarios como los que tenía la condición de autoridad o funcionario público, eran conscientes de la arbitrariedad de las decisiones, de que estas solo tenía beneficiaban a la empresa NOOS, es más, que la contratación tenía como única motivación la identidad del presidente de la misma, Sr. Urdangarín.

La sentencia reconoce la ilegalidad palmaria de la conducta y, que en la actualidad, la actuación desplegada se hallaría al margen de la legalidad, y ello a pesar de que la legislación sobre contratos públicos, ha permanecido invariable desde 1995 hasta la modificación de 2007, y desde entonces hasta la actualidad, permítase recordar que :

**El artículo 1. 3 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP-1995), establece:**

*“3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los 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”.*

**El artículo 1. 3, del TRLCAP de 2000 (RDL 2/2000) tiene la misma redacción que el artículo 1. 3, de la LCAP-1995, y se mantuvo con la misma redacción hasta su derogación por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.**

**El artículo 3. 3, de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP-2007), establece:**

*“3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:*

*b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.*

**El artículo 3. 3, b) del TRLCSP-2011 tiene la misma redacción que el artículo 3. 3, b) de la LCSP-2007.**

**El artículo 1 de las Directivas 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, establece:**

*“Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:*



- *creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,*

- *dotado de personalidad jurídica, y*

- *cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.*

Por tanto, **desde la LCAP-1995, queda sujeto a la legislación de contratación pública**, todo organismo (tenga personificación jurídico-pública o jurídico-privada) que cumpla estos **2 requisitos**:

**1) Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades (fines) de interés general que, además, no tengan carácter industrial o mercantil.**

El Considerando (10) de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratos de obras, suministros y servicios, establece:

*“El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que **un** organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil”.*



**2) Control o influencia dominantes del Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de Derecho público, mediante una o varias de las siguientes modalidades:**

a) Financiando mayoritariamente su actividad: Que más del 50% de los ingresos que el organismo prevea obtener en el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación, incluidos los que resulten de una actividad mercantil, provengan del poder adjudicador.

b) Supervisando su gestión.

c) Nombrando a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

El dato objetivo de que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente la actividad, controlen la gestión o nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de otro ente, organismo o entidad más que configurar a un ente como poder adjudicador lo que determina es su inclusión en el sector público, de tal forma que el criterio verdaderamente relevante a efectos de dilucidar si un ente es o no poder adjudicador es el carácter mercantil o industrial de las necesidades de interés general que debe satisfacer.

Además, **la propia página web de CACSA considera a ésta como poder adjudicador del 3. 3, b) TRLCSP.**

[http://www.cac.es/transparencia/info\\_corporativa13.jsp](http://www.cac.es/transparencia/info_corporativa13.jsp)

En la página web consta lo siguiente: *“En lo referente a la contratación pública, CAC, S. A. forma parte del sector público delimitado en la Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). En concreto, CAC, S. A. **es un poder adjudicador distinto de la Administración Pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.3.b del TRLCSP.** Por ello, la contratación de CAC, S. A. está sujeta a las siguientes normas:*

*Contratación sujeta a Regulación Armonizada: se aplicará el TRLCSP con las matizaciones realizadas por la norma para entidades como CAC, S. A.*



*Contratación no sujeta a regulación armonizada: se aplicarán las instrucciones de Contratación elaboradas por CAC, S. A. en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 191 del TRLCSP y que han sido informadas favorablemente por la abogacía de la Generalitat”.*

No puede asumirse como alega la Sala en la sentencia que procede la absolución de D. José Manuel Aguilar y D. Luís Lobón, invocando la interpretación de las leyes conforme a la realidad social concurrente en el momento histórico de aplicación. No es, desde luego, un argumento de autoridad, habida cuenta que la legislación ha permanecido invariable, tal y como hemos expuesto anteriormente, y la Sala no duda en condenar por delito de prevaricación, fraude a la administración y malversación, por la organización, a los representantes de la Fundación Illes Sport, del Illes Balears Fórum, en los años 2005, 2006 y 2007, siendo la conducta sancionada prácticamente isemejante, la legislación la misma e idéntica la realidad social. Además, coinciden parcialmente los autores de los hechos, siendo los instigadores de ambos planes delictivos- aunque en calidad de inductores de los delitos, por faltar en ellos la condición de autoridad o funcionario público- en ambos casos los Sres. Urdangarín y Torres. La ideación criminal proviene de ellos que la desarrollan paralelamente en la Comunidad Balear y Valenciana.

#### **Adendas 2005 y 2006.**

Cuanto se ha dicho del convenio firmado en 2004 es de aplicación para mantener la comisión de sendos delitos de prevaricación a las adendas de 2005 y 2006. Procede no obstante hacer algunas precisiones respecto de estas.

#### **Adenda 2005**

Se declara probado en relación a la Adenda de 2005 que:

**JOSE MANUEL AGUILAR COLAS**, *ejerció el cargo de Director General de CACSA desde Julio de 2002 a enero de 2005, siendo sustituido desde 13-3-05 hasta el 18-12-09 por D. JORGE VELA BARGUES.*

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



**DOÑA ELISA MALDONADO** que había comenzado a trabajar en la entidad CACSA desde 16-09-1992 como administrativa en virtud de contrato de trabajo temporal al amparo del RD 1989/84, pasó el día 27-10-1997 a prestar sus servicios como coordinadora de los servicios jurídicos, puesto que desempeñó hasta el día 1 de Noviembre de 2002, en dicha fecha pasó a ejercer las funciones de Directora de Gestión, no siendo formalmente designada para dicho puesto hasta el 1-3-06.

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

A tales efectos, **con fecha 3-10-05** se suscribió el segundo convenio de colaboración al que se le dio forma de “addenda” en el que se mantuvo especialmente la forma del convenio anterior, con idénticos importes y forma de pago del canon, si bien se introdujeron modificaciones para puntualizar la contribución de cada una de las entidades colaboradoras.

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

En el Informe de Fiscalización de la Sindicatura de cuentas de la Generalitat Valenciana correspondiente al año 2005 se llevó a cabo, entre otros, la fiscalización





del convenio de 2005. En su informe la Sindicatura, advierte irregularidades que califica de formales, sin dar lugar a responsabilidad ni cuestionar la adecuación ni la realidad del gasto.

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

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

Comoquiera que la misma no había intervenido (o únicamente en aspectos puntuales) en la elaboración del Convenio inicial y en la addenda, confeccionó el informe tras tomar conocimiento de la información que constaba en la entidad referida al Programa de la Cumbre, lista de personas que habían participado, como conferenciantes y observadores, entre ellos personalidades del mundo académico y deportivo, dossier de prensa en el que se plasma la repercusión del evento en los distintos medios de comunicación y que incluye el texto de las noticias y artículos publicados. E igualmente, se informó a través de la responsable del departamento de prensa de CACSA, elaborando con base en dicha información el informe de fehca 1-09-05.

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

Analizando así, cada uno de los requisitos establecidos y enumerados anteriormente para el delito de prevaricación en el ámbito de las empresas públicas:

**a) La condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública;**

D. Luís Lobón, en su condición de Secretario Autonómico de Eventos, tenía la consideración de autoridad y que como tal y como consejero de CACSA, era superior



directo de D. Jorge Vela. que ejerció como Director General de CACSA SA desde enero de 2005.

Como Director General de CACSA ejercía una función pública derivada del objeto social de CACSA y el interés general y público por esta gestionado.

Lo mismo puede decirse respecto de Dña. Elisa Maldonado, que desde el año 1997 prestó sus servicios como coordinadora de los servicios jurídicos de CACSA, y fue a partir de 1 de noviembre de 2002, cuando comenzó a ejercer las funciones de Directora de Gestión, aunque su nombramiento formal se produjo el 1 de marzo de 2006.

*b) Que éste sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo.*

*“Dado que en el primer convenio se previó la celebración anual de los foros, aun cuando las entidades colaboradoras se reservaron de forma expresa la posibilidad de no renovarlo. No obstante, dado que la primera de las ediciones se había celebrado de forma satisfactoria, **D Jorge Vela**, a la sazón recién incorporado como director General de CACSA, tras obtener la información necesaria sobre el cumplimiento de las expectativas del convenio anterior, decidió la renovación del acuerdo. Conduciéndose de modo análogo los gestores de la FTVCB.*

*A tales efectos, **con fecha 3-10-05** se suscribió el segundo convenio de colaboración al que se le dio forma de “addenda” en el que se mantuvo especialmente la forma del convenio anterior, con idénticos importes y forma de pago del canon, si bien se introdujeron modificaciones para puntualizar la contribución de cada una de las entidades colaboradoras.”*

Por tanto, la adenda de 2005, encierra una declaración expresa de voluntad como es la celebración de una cumbre internacional sobre ciudades y deporte, teniendo el Instituto NOOS la consideración de organizador y FTVCB y CACSA la consideración de colaboradores.



Que tiene carácter ejecutivo pues con ella CACSA SA comprometía su capital público, en la cantidad de 450.000 €, que fue fijada en concepto de canon, más una cantidad máxima establecida en el presupuesto en concepto de gastos suplidos. Concurren, por tanto, como en el caso anterior las circunstancias exigidas jurisprudencialmente para que tenga la consideración de resolución.

*c) Que dicha resolución sea arbitraria, en el sentido de que se trate de un acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho;*

Se insiste en que, aunque la resolución administrativa tenga un objetivo loable, ello no justifica, en ningún caso, que pueda obtenerse comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales, utilizando la vía de hecho.

*“Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario público dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular...” (STS 5 de abril de 2000).*

Tal y como expusimos en relación al convenio de 2004, este se firmó, y desde CACSA se aceptó la propuesta de instituto NOOS por el privilegiado posicionamiento institucional del que disfrutaba D. Ignacio Urdangarín, con ocasión de su proximidad a la Jefatura del Estado.

De forma que no existiendo un procedimiento administrativo alguno en la firma de la adenda, y la no sumisión a los principios de publicidad y concurrencia, hace que persista el motivo inicial que determinó la aceptación de la propuesta de NOOS, esto es el privilegiado posicionamiento institucional de D. Ignacio Urdangarín,

*d) Que se dicte en un asunto administrativo, es decir en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, deban respetarse los principios administrativos de publicidad y concurrencia;*



A este respecto, hay que reproducir todo lo dicho anteriormente en lo relativo a la sumisión de CACSA, empresa pública, a los principios de publicidad y concurrencia, por satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil o comercial, por estar financiada por la Generalitat Valenciana, por ejercer funciones del ente matriz, por estar el contrato de patrocinio sujeto a los principios de publicidad y concurrencia al amparo del TRLCSP 2000 y excluido del concepto de convenio de colaboración.

Es importante resaltar aquí el informe emitido por la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad de Valencia, que se recoge, aunque no literalmente en los hechos probados. Debe destacarse este en tanto pone de manifiesto la necesidad de someter los convenios de los que estamos tratando a la exigencias de contratación administrativa, no de un modo genérico sino precisamente en la fiscalización del Convenio de 2005, al que se refiere el informe de dicha Sindicatura.

Literalmente se lee en el informe de fiscalización, oficial y publicado por dicho Órgano de Control Externo del Tribunal de Cuentas, que *“El 3 de octubre de 2005 se acuerda la prórroga del convenio de colaboración suscrito en 2004, para la celebración de la Cumbre “Valencia Summit” cuyo coste para CACSA como colaborador ascendió a 620.942 euros más IVA. En ese sentido y habida cuenta del importe de la colaboración de CACSA se considera necesario que en el expediente quede acreditada la necesidad del gasto; la excepcionalidad en la inaplicación de los principios de publicidad y concurrencia y la justificación del importe comprometido por la sociedad”*.

De forma que se disipan las dudas sobre la necesidad de respetar los principios de concurso y la publicidad en esta contratación. Pero además los mismos hechos evidencian que los acusados eran concedores de ello, en el mejor de los casos por el referido informe. Sin embargo, no constituyendo ello una sorpresa se decide la elaboración de un escrito a modo de justificación que se une al expediente de ese año, del precedente y del que se elabora en 2006, como mera apariencia de legalidad, que se elabora incluso en ese ejercicio con posterioridad.



e) Que se dicte "a sabiendas de su injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable."

Fue D. Jorge Vela con el visto bueno de D. Luis Lobón el que tomó la decisión de firmar las addendas de 2005 y 2006, en idénticas condiciones que el convenio de 2004 con idénticos importes y forma de pago del canon, aunque se introdujeron modificaciones para puntualizar la distribución de los gastos entre cada una de las entidades colaboradoras.

Por tanto, Jorge Vela con el visto bueno de D. Luis Lobón, tomó la decisión de firmar la primera addenda de 2005 y comprometer el capital público de CACSA, por su sola voluntad, sin sujetarse a procedimiento administrativo alguno, tal y como había sucedido en la edición anterior, ni dar cumplimiento a la legislación de contratos, y los principios de publicidad y concurrencia en los actos separables, ni establecer ningún tipo de control en el gasto público.

La conciencia de la ilegalidad, se deduce, como hemos dicho anteriormente, de los propios razonamientos jurídicos de la Sentencia. Se evidencia la conciencia de los acusados de que los contratos tenían que someterse al menos a los principios de publicidad, capacidad, procedimientos y adjudicación. Dicho argumento, ha de ponerse en relación al motivo de infracción del artículo 390 CP, falsedad de documento público por autoridad o funcionario público, (al que nos referiremos con posterioridad) ya que el informe redactado por Dña. Elisa Maldonado a instancia de D. Jorge Vela, en el año 2005 pero datado en el año 2004, no viene más que a corroborar, el conocimiento de los mismos de la necesidad de respetar los principios de contratación administrativa y la ausencia de expediente alguno que sustentase la decisión adoptada en el 2004 , al igual que las adendas posteriores.

#### **Adenda de 2006**

Declara probado la sentencia que:

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



**2006.** Como ocurriera con las ediciones anteriores, la cumbre se celebró y no consta acreditado que no cumpliera las expectativas propuestas o que no hubiera sido realizada en los términos acordados”.

Por tanto, lo dicho anteriormente respecto de los requisitos del delito de prevaricación relativo al Convenio de 2004 y la adenda de 2005 son de aplicación a la adenda de 2006, firmada igualmente por Jorge Vela con el visto bueno de Luis Lobón, con el informe de Elisa Maldonado tales como ausencia de expediente administrativo, ausencia de sumisión a los principios de publicidad y concurrencia. Y la colaboración en ambas adendas de Elisa Maldonado mediante la emisión de dos informes en el 2006 y uno en 2007.

Procede insistir en la concurrencia del tipo subjetivo del injusto en el supuesto examinado, una vez resañados los contratos que dieron lugar a las tres ediciones de la llamada Valencia Summit. Tiene dicho esta Sala que “el tipo subjetivo del delito exige que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución a sabiendas, se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.”(STS 17-9-2015). No puede sino concluirse que está ínsito en el relato de hechos que se declara probado, que se han examinado extensamente. La concurrencia del tipo subjetivo del delito de prevaricación se obtiene ya del juicio de inferencia que emana de un análisis lógico y racional de los datos objetivos que constan en los hechos probados. Ninguna duda cabe que los Srs. Lobón, Aguilar, Vela y Maldonado conocían que el contrato del convenio de 2004 era *intuitu personae*, al igual que los dos sucesivos que ya se previeron en aquel, era precisamente. Esa consideración a la identidad de quien contrataba con la Administración, no obedecía a la especial idoneidad profesional para la prestación del servicio, lo que se hubiera determinado mediante el sometimiento a concurso público ni, como se ha dicho, dimanaba de la cualificación empresarial. Se trataba de favorecer a quienes plantearon la celebración de las



cumbres. Conociendo que dicha decisión era injusta, arbitraria, por no obdecir a razones de objetiva capacidad ni criterios reglado de selección de selección, fue adoptada y mantenida incluso habiendo recibido la advertencia de la Sindicatura de Cuentas, Órgano de Control Externo del Tribunal de Cuentas. No dudando en falsificar informes realizados en fecha posterior e incluso celebrando la tercera edición de Valencia Summit en 2007, también con informe de justificación falso. El elemento subjetivo “a sabiendas” que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere claramente al describir como los acusados conocían que la contratación se elaboró a partir de acuerdo personales, sin formalizar expediente alguno. Llegando a su máxima manifestación con el informe de la Sindicatura, que lejos de sorprenderlos, les lleva a intentar vestir de la legalidad que carecía la contratación previa y mantenerla para el siguiente año. No puede esperarse mayor conciencia de la ilegalidad cometida, advertidos de ella la reiteran con la misma arbitrariedad en la última edición, incluyendo la comisión de un delito de falsedad.

Consecuencia de la estimación de este motivo que se formaliza ha de ser la casación de la sentencia, declarando que los hechos referidos a los convenios firmados por CACSA y FTVCB con NOOS constituyen un delito de prevaricación continuado de los arts. 404 y 74 del Código Penal. Siendo autores directos del mismo los acusados D, Luís Lobón, D. José Manuel Aguilar, D Jorge Vela y Elisa Maldonado.

D. Luís Lobón debe ser declarado autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas, de un delito continuado de prevaricación del art. 404 y 74, ambos del Código Penal, a la pena de inhabilitación, especial de 9 años, accesorias y costas.

D. José Luis Aguilar Colas es autor penalmente responsable de un delito de prevaricación sin apreciar continuidad, también sin circunstancias modificativas se le habrá de imponer la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, durante 7 años, accesorias y costas.

Al Sr. Vela, y la Sra. Maldonado, se les habrá de declarar responsable de un delito continuado de prevaricación en relación con un se habrá de apreciar en concurso con el delito de falsedad que es objeto del motivo siguiente. En todo caso,



por el delito continuado de prevaricación, objeto de este motivo, procedería la pena de 9 años de inhabilitación especial, accesorias y costas.

### **MOTIVO SÉPTIMO.**

Por la vía del art. 849.1º de la LECrim se entiende infringido por indebida inaplicación el art. 390.1. 2º Código Penal.

#### **Breve extracto del motivo.**

El relato de hechos probados contiene la narración de la elaboración de hasta tres informes supuestamente de justificación de la necesidad de prescindir de los principios de concurso y publicidad, que requiere la ley y recordó la Sindicatura de Cuentas. Dichos informes se elaboraron con posterioridad a la celebración de los respectivos convenios, a fin de crear la apariencia de legalidad de la contratación. La sentencia absuelve de delito de falsedad que se imputaba por entender que era inocua tal alteración de la realidad.

#### **Consideraciones legales y doctrinales.**

Centrando la cuestión, procede reseñar los hechos en los que se entiende que ha de estimarse cometido el delito de falsedad documental.

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

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

*Como consecuencia de lo anterior, **D. Jorge Vela** solicitó a **Doña Elisa Maldonado** que, previas las comprobaciones oportunas, elaborase un informe*





*justificativo del evento realizado en el año 2005, al objeto de dejar constancia en el expediente.*

*Comoquiera que la misma no había intervenido (o únicamente en aspectos puntuales) en la elaboración del Convenio inicial y en la addenda, confeccionó el informe tras tomar conocimiento de la información que constaba en la entidad referida al Programa de la Cumbre, lista de personas que habían participado, como conferenciantes y observadores, entre ellos personalidades del mundo académico y deportivo, dossier de prensa en el que se plasma la repercusión del evento en los distintos medios de comunicación y que incluye el texto de las noticias y artículos publicados. E igualmente, se informó a través de la responsable del departamento de prensa de CACSA, elaborando con base en dicha información el informe de fecha 1-09-05.*

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

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

#### **Para la apreciación del delito de falsedad**

Una Jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de falsedad documental cometido por funcionario público será necesario:

a) Elemento objetivo: Mutación de la verdad mediante alguno de los procedimientos enumerados en el artículo 390 CP y que recaiga sobre alguno de los elementos esenciales del documento, entendido como elementos esenciales todos aquellos que condicionan su sentido y función como el lugar, fecha, intervinientes y



contenido relevante para la eventual futura prueba. **b)** Que tal alteración incida sobre elementos del documento con relevancia para las relaciones jurídicas a que normalmente se destinan. **c)** Elemento subjetivo: dolo falsario consistente en la conciencia y voluntad del agente del hecho de transmutar la verdad.

**a)** Elemento objetivo: Mutación de la verdad que recaiga sobre alguno de los elementos esenciales, entendido como tales los que condicionan su función como el lugar, fecha...

Recordando la doctrina jurisprudencial *“con carácter general, (STS 309/12 de 12 de Abril, 331/13 de 25 de abril) el delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad, de manera que será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constados”*

Por otra parte, *“el delito de falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite la realización a través de persona interpuesta que actúa a su instancia, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa la intervención corporal de la dinámica material de la falsificación bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien en concierto con él se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.*

*No existe ninguna hipótesis alternativa razonable a que la operación, que exigía necesariamente como instrumento esencial la manipulación del informe, se pudiese realizar sin el impulso y aquiescencia de la Alcaldesa. [...] (STS 797/15 de 24 de Noviembre).*

*“la doctrina mayoritaria de esta Sala ha optado en la aplicación del artículo 390.1.2 CP 95 (simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de autenticidad conforme con su significado literal, incluyendo en dicha modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente*



*del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva)” (STS 331/13 de 25 de abril).*

*Y añade: “la doctrina de la Sala Segunda (SSTS 900/2006 de 22 de Septiembre,, 894/2008 de 27 de diciembre, 784/2009 de 14 de Julio, 278/10 de 15 de marzo, 1100/2011 de 27 de octubre, 211/2014 de 18 de marzo, 327/14 de 24 de abril entre otras), afirma que en el apartado 2º del artículo 390.1CP resulta razonable incardinar aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos extremos consignados en el documento que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente”*

**b) Que tal alteración incida sobre elementos del documento con relevancia para las relaciones jurídicas a que normalmente se destinan.**

*A este respecto “contemplando el bien jurídico protegido desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento” (STS 331/13 de 25 de abril).*

*En igual sentido precisa que “se trata de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.” (STS 1095/06 de 16 de noviembre) “se castiga a quien de un modo u otro, presente como ajustado a la verdad, algo que carece de tales rasgos. Es hacer pasar por legítimo lo que no es. El bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento ha creado en terceros la confianza en la autenticidad del*



*mismo y su eficacia para probar lo que proclama. La falsedad no es otra cosa que un engaño, dirigido a crear error y confusión en terceros” . (STS 746/02 de 19 de Abril).*

**c) Elemento subjetivo: dolo falsario.**

Entendido como conciencia y voluntad del agente del hecho de transmutar la verdad. No basta con la alteración material, sino que es necesario el propósito de introducir elementos mendaces que puedan producir efectos en el tráfico jurídico induciendo a error a aquellos a los que la manipulación documental va destinada.

Afirma la STS 797/15, en su fundamento vigésimo quinto, que:

*“El delito de falsedad no es un delito de propia mano, por lo que la recurrente no tiene necesidad de haber participado personalmente en la acción falsaria, para ser responsable del mismo” [...] “en la sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 26 de octubre de 2009, se explica que en ese caso el único facultado para alterar el contenido de un documento ha de ser el propio funcionario con competencia para confeccionar el auténtico, pues de otro modo tan solo nos encontraríamos ante un delito de falsedad llevada a cabo por un particular”..*

En el caso examinado de los hechos que han quedado transcritos, consta que los informes elaborados por D. Elisa Maldonado el primero a iniciativa del Sr. Vela, para incorporarlo y unirlo al convenio y presupuesto de ese 2005, y luego con el conocimiento, asentimiento y aprobación de aquél el de 2004 y finalmente el de 2006, no respondían a la realidad. Todos fueron elaborados con posterioridad a la toma de decisión, firma del convenio y ejecución del mismo, y ello con la finalidad de dotar a la decisión arbitraria de un ropaje de legalidad. Que la finalidad de dicho informe era justificar ante la Sindicatura de Cuentas el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. Y para ello, Elisa Maldonado, con el expreso acuerdo del Sr Vela, elaboró los informes en el que se trataba de avalar la legalidad de los convenios de 2004, 2005 y 2006, sin que concurriera ninguno de los requisitos exigidos para ello. Los hechos no pueden ser más elocuentes en lo que ahora interesa, la concurrencia del tipo subjetivo, la conciencia de la alteración de la verdad, con modificación de todas las fechas y la unión al expediente con posterioridad a la contratación, incluso a los pagos, no deja margen de duda.



a) Elemento objetivo, mutación de la realidad.

En los hechos probados de la Sentencia se reconoce dicha mutación:

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

Al informe que se describe en los hechos probados, se refiere la Sentencia que se impugna en los razonamientos jurídicos al folio 627. En el razonamiento jurídico se justifica la atipicidad de la conducta por los siguientes motivos:

*“en la medida en la que, aún confeccionados con posterioridad, los informes reflejan la realidad de unos hechos que hallan sustento en la documentación relacionada en los expedientes, respecto de cada uno de los eventos. Y, aun cuando se advierte, que en el informe obrante en el folio 2468, obra una modificación en la fecha, efectuada de forma manuscrita, este solo hecho no conformaría una acción falsaria típica en la medida en la que, 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 carecería de potencialidad lesiva para producir un daño real o potencial en el tráfico jurídico.”*

Por tanto, en los mismos hechos probados y en los razonamientos jurídicos transcritos se reconoce, el elemento objetivo del delito de falsedad.

El bien jurídico atacado por el delito de falsedad documental es la autenticidad documental, la fe pública y la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos, cuya autenticidad y seguridad se trata de proteger.

Toda falsedad supone la mutación de la verdad, cometida por alguno de los procedimientos previstos en la ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia



en el tráfico jurídico por tener una trascendencia extramuros al cerrado ámbito en el que se producen.

**b)** La relevancia en el tráfico jurídico, a pesar de lo expuesto en relación a los razonamientos jurídicos de la Sentencia que se impugna, entendemos que en el presente caso, radica en aparentar el cumplimiento de las exigencias legales, de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia, que obviamente no se habían cumplido y cuya no aplicación tenían que justificar según el informe de la Sindicatura de Cuentas que detecta la necesidad de justificar la no aplicación de los principios de objetividad, concurrencia y publicidad. Conforme resulta de los hechos probados trascritos.

Es decir, el informe mendaz al que nos referimos, tiene una finalidad probatoria ficticia, aparentar que efectivamente se habían cumplido las exigencias legales, cuya inobservancia revelaba palmariamente el informe de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas. Por ello, y para dar apariencia de autenticidad, antedatan el documento, fechándolo un año antes a la fecha de su confección y con carácter previo a la celebración del Valencia Summit de 2004, reiterando dicha simulación en las ediciones de 2005 y 2006.

Y dicha mutación de la realidad, viene a reforzar la concurrencia del tipo subjetivo del delito de prevaricación al que hemos hecho referencia con anterioridad, ya que tanto Dña. Elisa Maldonado, que cumplió lo que le pidió D. Jorge Vela, como este eran plenamente conscientes de que la contratación del convenio, cuya justificación interesaba la Sindicatura de Cuentas, no había cumplido los principios de objetividad, publicidad y concurrencia, y que se había omitido todo procedimiento administrativo, no obstante tal conocimiento y a pesar de la situación, decidieron dar continuidad a los Valencia Summit, en las mismas circunstancias y sin satisfacción de los principios exigidos. Para ello, se vieron en la necesidad de emitir los informes, buscando de este modo blindar la legitimidad de los contratos celebrados con palmario incumplimiento de las razones requeridas.



c) Dolo Falsario. Los hechos son tan obvios, que explican por sí solos el elemento subjetivo del injusto, quedando claro el ánimo y motivación de Dña. Elisa Maldonado y D Jorge Vela de los propios hechos probados de la sentencia.

Y de lo dicho resulta que los responsables políticos asumieron las condiciones de contratación ofrecidas por D. Diego Torres y D. Ignacio URDANGARÍN, y para la cual y con la única finalidad de dar apariencia de legalidad a una decisión que había sido adoptada orillando la ley de contratos del sector público, no dudaron en elaborar informes *ex novo*, que no respondía a la realidad, en la que se trataba de justificar una decisión que ya había sido adoptada, sin cumplir los requisitos legales, y en la que resultaban beneficiados los Sres. Torres y Urdangarín, de esa manera se aseguraba que fueran ellos los organizadores del Valencia Summit, sin que existiera procedimiento administrativo, ni informe alguno jurídico, ni económico que justificara la necesidad, utilidad, conveniencia económica, ni control del gasto.

Tal conducta es incardinable en el apartado 2 del artículo 390.1 CP en la medida en la que el meritado informe fue confeccionado deliberadamente para acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica inexistente. Y también el apartado 4 del artículo 390 en la medida en la que la contratación de la mercantil se justifica a partir de la alteración de la verdad en uno de los extremos que se consignan en el documento.

En su consecuencia responderán en concepto de autores del delito de autoridad y los funcionarios públicos concertados para tal fin Dña. Elisa Maldonado, D. Jorge Vela, es decir la autoridad de la que emana la decisión y las instrucciones para dotarla de justificación legal y los autores materiales que, en el presente caso Dña Elisa Maldonado, autora de los informes que trata de avalar el cumplimiento de los requisitos para la contratación, que efectivamente no concurrían. El delito de falsedad deberá apreciarse en concurso con el delito de prevaricación, que ha sido objeto de examen en el motivo anterior.

La aplicación de los arts. 404 y 390 del Código Penal, ambos como delitos continuados, habrá de producirse conforme a las reglas previstas en el art. 77 del mismo texto legal. La sanción prevista para el delito de falsedad cometida por



funcionario es de tres a seis años de prisión, multa de seis a veinticuatro meses y inhabilitación especial de dos a seis años. En tanto la prevaricación está castigada con inhabilitación especial de siete a diez años.

Es por ello que deberán dictarse una sentencia condenatoria con aplicación del art. 77.1 y 3 Código Penal en su redacción anterior a la dada por LO 1/2015, por resultar más favorable, habida cuenta que el art. 404 ha visto incrementada la sanción por los hechos en él tipificados.

De este modo procede declarar a los Sres. D. Jorge Velas Bargues y a Dª. Elisa Maldonado, autores responsables de un delito continuado de falsedad en concurso medial con un delito también continuado de prevaricación.

La pena de prisión prevista para el delito de falsedad comprende de 3 a 6 años de prisión, al ser continuado la pena debe quedar comprendida en la mitad superior de 4 años y 6 meses a años. El concurso medial lleva a fijar de nuevo la mitad superior de esta, esto es de 5 años y 3 meses a 6 años. Considerando ajustada la imposición de pena de prisión de 5 años y 6 meses, a cada uno de ellos.

La multa prevista para el delito de falsedad es de 6 a 24 meses. La continuidad lleva a la horquilla de 15 a 24 meses. En tanto el concurso obliga a la mitad superior de este tramo, de 19 meses y 15 días a 24 meses. Se entiende conforme a derecho la pena de 22 meses de multa al Sr. Velas y la Sra. Maldonado.

Finalmente, la pena de inhabilitación especial prevista para la falsedad es de 2 a 6 años. De igual modo se ha acudir a la mitad superior de 4 a 6 años, por la continuidad y de nuevo por el concurso de 3 a 6 años. Estimando procedente imponer a ambos la pena de 4 años y 6 meses de inhabilitación accesorias y costas.

Por lo expuesto:

A la Sala interesa que, teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, acompañado del testimonio recibido y copias, y admitiendo el recurso a trámite, previos los legales, estime en la forma expresada los motivos y case y anule la sentencia, dictando otra de acuerdo con lo manifestado en este recurso.





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

En Madrid, a 3 de julio de 2017.

Fdo.: M<sup>a</sup>. Ángeles Garrido Lorenzo.