

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

PALMA DE MALLORCA

APELACIÓN PENAL

ROLLO 163/13

AUTOS DPA 2677/08 (Pieza 25)

Juzgado de Instrucción número 3 de Palma

A U T O NÚM. 266/2013

Ilmos. Sres.:

Presidente

DIEGO JESÚS GÓMEZ-REINO DELGADO

Magistrados

JUAN JIMÉNEZ VIDAL

MÓNICA DE LA SERNA DE PEDRO

En Palma de Mallorca a 17 de mayo de 2013.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

ÚNICO.- Por la representación de los imputados Don Iñaki Urdangarín Liebaert y Don Diego Torres Pérez, se ha formulado recurso de apelación contra el auto del Juzgado Instructor por el que se impone a los mismos y a las sociedades pantalla a ellos vinculadas y en lo que respecta a la titularidad de las participaciones de las que sean propietarios en las mismas, una fianza para asegurar las posibles responsabilidades civiles derivadas de los delitos que presuntamente les atribuye cometidos de prevaricación, fraude a la administración, falsedad documental y malversación por un montante de 8.189.448, 40 euros, recursos de los que se ha dado traslado a las

demás partes acusadoras y al Ministerio Fiscal, que se han opuesto a su estimación, verificado lo cual han sido remitidas a las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia de Palma, que las recibió en fecha 25 de abril pasado, siendo designado ponente al Magistrado Diego Jesús Gómez-Reino Delgado, quien tras la oportuna deliberación y anticipándose a la fecha prevista para la misma y señalada por motivos de organización interna para el próximo día 22 de mayo, expresa el parecer de esta Sala.

II.-FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO.-Se alzan las defensas de los imputados Sres. Urdangarín y Torres contra el auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Palma por el que se oponen a la fianza pecuniaria por importe de 8.189.448,44 euros, que les ha sido establecida en la referida resolución y con el objeto de garantizar el pago de las eventuales responsabilidades civiles que pudieran ser declaradas para el caso de que de ser ambos finalmente condenados por los delitos que presuntamente se les atribuyen cometidos de prevaricación administrativa por inducción, falsedad documental, fraude a la administración y malversación de caudales públicos.

En esencia, se quejan ambos recurrentes de que la medida cautelar dispuesta por el Instructor adolece del presupuesto básico que requiere su adopción ex artículos 589 y 764.2 y 3 de la Lecrim, cual es la existencia de indicios racionales de criminalidad en la actuación del Instituto Nóos, entidad que ambos apelantes gestionaban en calidad de socios, incidiendo la defensa del Sr. Torres en que el papel de su representado fue en todo caso accesorio o secundario y por tanto de mero cómplice, con lo que su responsabilidad civil sería conforme establece nuestro Código Penal de carácter subsidiario y nunca principal.

Dicho esto, tras el examen del testimonio de particulares remitido y del extensísimo auto objeto de controversia, de un total de 542 folios, debemos recordar que el TC (STC 146/90 y 171/02) viene admitiendo la motivación por remisión, porque la misma permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial, satisfaciéndose con ella la exigencia contenida en el derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva. También el TS (Sentencias de 29.12.00, 25.6.07 y 14.4.09) ha recordado dicha doctrina.

Y traemos a colación la misma porque en esta alzada compartimos los razonamientos que se contienen en el auto objeto de impugnación, donde se analiza la procedencia de establecer como medida cautelar de naturaleza real la imposición de una fianza pecuniaria para garantizar la virtualidad de una eventual sentencia condenatoria para los imputados recurrentes y las empresas pantalla por ellos constituidas, también relacionadas en cuanto a la constitución y partícipes de ellas minuciosamente en el auto, como consecuencia de la desviación de fondos públicos y privados, eludiendo el pago del impuestos de sociedades; a quienes sumariamente se les atribuye la comisión de los delitos de prevaricación, fraude a la administración, malversación y posiblemente delitos contra la hacienda pública, en tanto en cuanto respecto de ambos acusados coexisten sumarios indicios de que hayan podido cometer los citados ilícitos penales.

Básicamente, el auto apelado incide en el carácter presuntamente delictivo e ilícito de los contratos o negocios jurídicos – que se detallan uno por uno en la resolución combatida - que el Instituto Nóos y la empresa pantalla a él vinculada (Nóos Consultoría), gestionados por ambos recurrentes, habrían obtenido de las administración contratantes y luego desviado estos fondos a entidades instrumentales vinculadas a dicho Instituto, todas ellas radicadas en las mismas instalaciones y con idéntico personal, de tal manera que cabría decir que unas y las otras empresas eran en realidad la misma, desviación de fondos de la que también se habría presuntamente beneficiado la mercantil Aizoon, propiedad de Iñaki Urdangarín y su esposa la Infanta Cristina.

El carácter delictivo de tales negocios se sustentaría en que la concesión de los mismos verdaderamente no respondía a un interés general o público de contratar, sino al deseo de las entidades públicas contratantes: Fundación Illesport e Ibatur, en lo que a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se refiere; y en la Comunidad Valenciana la Fundación Valencia Turismo Conventio Bureau, la sociedad pública CACSA (Ciudad de las Artes y las Ciencias) y en menor medida la sociedad Gestora

para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana, determinada e inducida esa voluntad contractual por los responsables políticos respecto de los cuales dependían los funcionarios adscritos a los órganos de contratación (los entonces Presidentes del Govern Balear y de la Generalitat Valenciana) de suscribir dichos contratos con el Instituto Noos (Nóos Consultoría, sería en verdad una y la misma sociedad que la anterior), a fin de favorecer a dicho Instituto por ser su presidente el yerno del Rey, el cual, no obstante haber abandonado la referencia asociación en marzo del 2006, continuó participando en sus actividades a través de su socio el otro imputado Diego Torres, quien formalmente asumió la presidencia de Nóos, y también por mediación de la Fundación Deporte Cultura e Integración Social, que constituyó tras su cese en Nóos, en la que si bien no aparecía externamente como partícipe actuaba por persona interpuesta, ocultación que obviamente, en principio, predispone en contra de quien actúa en el tráfico simulando su gestión.

Como ya tuvimos oportunidad de comentar a la hora de examinar el auto de imputación de la Infanta Doña Cristina, por concurrir toda una serie de circunstancias que pasamos a relacionar:

- La modalidad contractual elegida a través de contratos de colaboración con la administración, ajenos en principio a las exigencias del concurso público conforme a la normativa reguladora vigente a la fecha de los hechos (RD 2/2000 por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público).
- Que todos estos contratos vinieran precedidos de reuniones y encuentros mantenidos con responsables políticos en los que ya se verificó la adjudicación verbal de estos contratos.
- Las irregularidades que se produjeron en la tramitación de los expedientes administrativos incoados para dotar a los mismos de una apariencia de legalidad y que el mismo auto apelado recoge con detalle y define como hechas "para vestir el santo".

- La laxitud con que se otorgaron los contratos de colaboración en cuanto a la determinación del precio estipulado, sin previos estudios de mercado, ni jurídicos – sobre la necesidad de la contratación - y económicos.
- El descontrol habido en la ejecución de la colaboración contractual en cuanto a la justificación de los gastos de los eventos organizados por Nóos, por ser estos clamorosamente desproporcionados con relación a su objeto y trabajo desarrollado.
- El desvío de los ingresos obtenidos por dichos contratos a sociedades instrumentales vinculadas con el Instituto Nóos, algunas de ellas radicadas en paraísos fiscales, con libramiento entre estas sociedades de facturas falsas para defraudar el impuesto de sociedades.
- El que los acusados ocultasen a las administraciones contratantes el carácter mercantil del Instituto Nóos – de facto la Agencia Tributaria admite tal ocultación y por eso entiende que el Nóos defraudó los impuestos de sociedades a cuyo pago el Instituto estaba exento por figurar inscrita como entidad sin ánimo de lucro -.
- Que los recurrentes se cuidasen de publicitar a la hora de contratar, utilizando con tal finalidad un folleto publicitario, que dicho Instituto se hallaba directamente vinculado y dando a entender que contaba con el respaldo de la Casa Real por formar parte su Junta Directiva la Infanta Doña Cristina de Borbón y Grecia y como tesorero su asesor personal y de la casa Real Don Carlos García Revenga.

Todos estos elementos o datos indiciarios apuntados nos inducen seriamente a sospechar, en coincidencia con lo resuelto en el auto apelado, que los indicados contratos de colaboración que se relacionan con detalle y profusión en el auto impugnado fueron suscritos con el Instituto Nóos (hay uno referido al seguimiento del equipo ciclista Illes Balears que se conviene con la entidad TNS, pero que quien opera amañando dicho contrato con remisión de tres propuestas e indica que ha de ser adjudicado a TNS Media Intelligence es Nóos por mediación de un empleado el Sr. Molinero) se adjudicaron al Instituto Nóos únicamente con la intención y el ilícito propósito de beneficiar a dicha entidad por formar parte de la misma el yerno de su

Majestad el Rey de España, Iñaki Urdangarín, apareciendo igualmente factible que tales adjudicaciones, en verdad, y por el tipo de contratación utilizada y la falta de control en la justificación de las cantidades entregadas para su realización utilizando para ello las expresiones de patrocinio o de canon, hayan servido, según un informe del Tribunal de Cuentas, para en realidad encubrir auténticas subvenciones nominativas otorgadas abiertamente en contra de la legalidad y de la normativa que regula su concesión.

Como ya comentamos en nuestro Auto de fecha 7 de mayo pasado al analizar la imputación de la Infanta Doña Cristina, con independencia de si para el otorgamiento de estos contratos era o no necesario el concurso público y a este respecto la Intervención General del Estado sostiene afirmativamente esa exigencia, dado que el objeto de todos estos contratos era el asesoramiento y la consultoría, por lo que no podía acudir a la modalidad del convenio de colaboración para cuya firma no era preciso someterse a las reglas generales de contratación pública, lo cierto y verdad es que concurren vehementes indicios que apuntan a que la trascendencia penal de la ilegalidad de esta contratación pública no obedece, principalmente, a la omisión para su concesión de los principios de concurrencia competitiva, sino por tratarse de la manifestación de un acto de desviación de poder y de favorecimiento de la administración contratante y de los responsables políticos que impartieron órdenes o instrucciones para que y a través de las entidades públicas intervinientes, todos estos contratos de colaboración se suscribieran con el único propósito y perversa finalidad de beneficiar al Instituto Nóos por ser su presidente el yerno del Rey y para agradar a la Casa Real.

En la medida, pues, de que existen indicios racionales de que la adjudicación de tales contratos fue delictiva y prevaricadora, por manifiestamente injusta y en aplicación de lo prevenido en el artículo 589 de la Lecrim y 764, se comprende y comparte que el Juez a quo, atendido que la consecuencia civil de la naturaleza criminal de tales contratos es su nulidad radical, derivada de la ilicitud del objeto de estos contratos, cuyo otorgamiento generó un peligro real de malversación como así presuntamente se produjo, hubiera establecido como importe de la fianza el precio de la contraprestación económica que por la adjudicación de tales contratos obtuvo el

Instituto Nóos y Nóos Consultoría (ambas eran una y la misma entidad), y cuyo aseguramiento recae de modo principal sobre sus gestores los aquí recurrentes Sres. Urdangarín y Torres, en tanto inductores y cooperadores en el delito de prevaricación administrativa, por cuanto el sujeto activo de este delito solo puede serlo un funcionario público, si bien se comparte con la defensa del imputado Sr. Torres, que a estas sumas debe de descontarse para calcular el montante de la fianza (y una tercera parte más por exigencia legal) el importe del IVA que efectivamente se ingresó, no así del IRPF, puesto que en las facturas por estos contratos no se produjo retención de este tributo.

A salvo de esta cuestión – la exclusión para fijar la fianza del IVA efectivamente retenido e ingresado -, la Sala no puede por menos que dar aquí y ahora por reproducidos todos y cada uno de los fundamentos y consideraciones que vierte el auto apelado para desestimar, uno por uno, los distintos motivos de impugnación aducidos por los imputados apelantes.

Tanto por parte del Sr. Torres, a quien únicamente le asiste la razón en que ha de detraerse para determinar el montante de la fianza el IVA ingresado por Instituto Nóos del importe de los contratos recibidos de las entidades públicas contratantes, pero no en cuanto al resto de alegaciones respecto de las cuales el Juez Instructor da cumplida respuesta y que esta Sala asume íntegramente e incorpora a la presente resolución y especialmente la de que el papel del Sr. Torres en las actuaciones no fue en modo alguno secundario ni accesorio (firmó, sino todos, la mayor parte de los contratos de colaboración suscritos por el Instituto Nóos y el concertado por Nóos Consultoría) y todo parece indicar que tuvo especial participación en el diseño de la operativa, junto con sus cuñados, en tanto en cuanto encargados de los temas económicos y contables, para – seguramente en el importe de los beneficios que a él le correspondían como socio del Sr. Urdangarín (en su mitad) – acometer el desvío de fondos públicos obtenidos ilegalmente por el Instituto Nóos a sociedades pantalla e instrumentales creadas al efecto, parte de los cuales han recalado en el extranjero (aún está pendiente de conocer el resultado de comisiones rogatorias); como las que vierte en su impugnación la defensa de Iñaki Urdangarín, referidas, fundamentalmente, a la legalidad de la actuación de Nóos, respecto de lo cual el

contenido de las actuaciones rebaten indiciariamente esta alegación, así como a que el Sr. Urdangarían abandonó y se desvinculó del Instituto Nóos en el año 2006, dato éste que si bien formalmente se corresponde con la realidad, en la práctica no fue así, como lo evidencia la existencia de correos electrónicos y por manifestaciones de empleados del Instituto Nóos que le vinculan con dicha entidad con posterioridad a dicha fecha compartiendo su gestión con el Sr. Torres. De los indicados correos resulta igualmente que efectuó gestiones para el cobro de facturas pendientes.

Tales correos indican supuestamente, también, que Iñaki Urdangarín continuó con sus irregulares actividades de asesoramiento y contratación a través de la Fundación Deporte, Cultura e Integración Social, para lo cual se valió de testaferros para ocultar que era él quien actuaba como auténtico gestor, así como también de la mercantil Aizoon, coparticipada al 50% con su esposa la Infanta Cristina.

Huelga asimismo todo comentario acerca de las manifestaciones en punto a que los contratos de colaboración no establecían la necesidad de justificar los importes recibidos en pago de las actividades comprometidas por Nóos, aspecto éste que incide en la sumaria convicción de que la contraprestación en verdad encubría y simulaba la concesión de una ilegal subvención nominativa, lo que descarta y rechaza la afirmación defensiva de que las infracciones cometidas en la gestión de Nóos no pasaban de ser meros ilícitos administrativos y por tanto ajenos al derecho penal.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA:

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR en parte los recursos de apelación interpuestos por la representación de los imputados Don Iñaki Urdangarían Liebaert y Don Diego Torres Pérez, contra el auto de fecha 14 de marzo de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Palma y recaído en la causa DPA 2677/08 (Pieza 25 del caso denominado PALMA ARENA), el cual ha de ser REVOCADO parcialmente en el único sentido de que del importe de la fianza pecuniaria establecida y fijada en

consideración al precio y prestación económica de los contratos suscritos por el Instituto Nóos y por Nóos Consultoría (y una tercera parte más), dado que quien presuntamente hubo participado en el amaño del contrato suscrito por dicha entidad fue también el Instituto Nóos, como entidad instrumental vinculada a la anterior, siendo por tanto una y la otra la misma, ha de detraerse el IVA ingresado, manteniendo en lo demás el auto recurrido, todo ello declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas recurrentes o impugnantes, y con certificación de la misma, devuélvanse las actuaciones al Juzgado Instructor de procedencia, rogando acuse de recibo.

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