

**SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA**

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942346969
Fax.: 942330801
Modelo: PR542

Proc.: **DILIGENCIAS PREVIAS**

Nº: **0000012/2013**

NIG: 3907531220130000016

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Acusador particular	SINDICATO COLECTIVO DE FUNCIONARIOS MANOS LIMPAS	BEGOÑA PEÑA REVILLA
Perjudicado	CEP CANTABRIA S.L.	JESÚS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Querellado	FRANCISCO JAVIER LÓPEZ MARCANO	GABRIELA MIRAPEIX ECKERT
Querellado	ANGEL AGUDO SAN EMETERIO	GABRIELA MIRAPEIX ECKERT
Querellado	LUIS EGUSQUIZA MANCHADO	ESTELA MORA GANDARILLAS
Querellado	JACOBO DE MONTALVO VIJANDE	CARMEN MANTILLA ABASCAL
Querellado	DUMVIRO VENTURES S.L.	CARMEN MANTILLA ABASCAL
Querellante	SOCIEDAD REGIONAL CANTABRA DE PROMOCION TURISTICA S.A.	TERESA COS RODRÍGUEZ
Imputado	EMILIANO GARAYAR GUTIERREZ	DIONISIO MANTILLA RODRÍGUEZ

AUTO

MAGISTRADA INSTRUCTORA

Ilma. Doña. Paz Hidalgo Bermejo

En Santander a once de mayo de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de diciembre de 2013 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia (TSJ), escrito de querrela formulado por Doña Teresa Cos Rodríguez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de sociedad Regional Cántabra de Promoción Turística S.A. (CANTUR) contra Don Francisco Javier López Marcano, Don Ángel Agudo San Emeterio, Don Luis Egusquiza Manchado, Don Jacobo Montalvo Vijande y Dumviro Ventures S.L. por la posible comisión de los delitos de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 432 apartados 1 y 2 del Código Penal, fraude a ente público del art. 436 del C.Penal y

delito societario por administración fraudulenta o desleal del art. 295 del C.Penal.

Segundo.- La Sala de lo Penal del TSJ dictó Auto, de fecha 10 de enero de 2014, por el que declaró su competencia para la instrucción y enjuiciamiento de esta causa, admitió a trámite la querella, y acordó su traslado, al Ministerio Fiscal y a los querellados, haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento. Las notificaciones a los querellados se practicaron en fechas sucesivas finalizando con la realizada a Don Francisco Javier López Marcano el 19 de febrero de 2014, personándose en fechas posteriores.

Tercero.- Con fecha 24 de enero de 2014 tuvo entrada en el TSJ Decreto de Fiscalía cesando las diligencias incoadas como consecuencia del informe de la Comisión del Parlamento de Cantabria, por la existencia del procedimiento judicial sobre los mismos hechos, acompaña certificado del informe, acuerdo y conclusiones emitidas por la Comisión del Parlamento de Cantabria.

Cuarto.- Mediante Diligencia de Ordenación de la Sra. Secretario Judicial de fecha 19 de febrero de 2014 y de acuerdo con las normas de reparto, se designó instructora a la Ilma. Sra. Doña Paz Hidalgo Bermejo, dando traslado para su conocimiento y efectos.

Quinto.- Por Auto de 4 de marzo de 2014 se acuerda la práctica de diligencias testificales y documentales, antes de practicar la declaración de los querellados, dada la complejidad del asunto.

Las declaraciones de los testigos se iniciaron el 11 de marzo siguiente y se prolongaron hasta noviembre de 2014, momento en el que se practicaron las

declaraciones de los querellados, salvo la de Don Emiliano Garayar Gutiérrez, citado a declarar como imputado a la vista del resultado de las diligencias que se habían practicado y que, admitiendo su solicitud de cambio de fecha, fue practicada el 10 de diciembre siguiente. Fueron citados en calidad de testigos y prestaron declaración, Don Pedro Labat (el 11 de marzo), Don Santiago Gutiérrez (12 de marzo), Doña M^a Eugenia Gómez y Doña Verónica Cruz (el 13 de marzo), Don Emilio del Valle (14 de marzo), Don Diego Higuera (el 14 de abril), Don Jesús Bulnes (los días 14 de abril y 24 de junio), Don Oscar Pardo (el 7 de mayo), Don Francisco Olmedo (el 8 de julio), Don Gervasio Martínez Villaseñor y Don Javier Menor (el día 9 de julio), Don Ángel Varela, Don Carlos Vázquez y Don Rubén Ferrer (el día 28 de julio), Don Santiago Ruiz Asenjo (el 22 de septiembre), Don Javier Montalvo Cleofé (el 24 de septiembre), Don Manuel Huerta (el 25 de septiembre), Doña María López Claudios (el 27 de octubre), Don Francisco Pernía (7 de noviembre) y Don José Serrano (el 16 de diciembre de 2014).

Sexto.- Mediante escrito de fecha 14 de abril de 2014, subsanado por el de 23 de abril siguiente, la Procuradora Doña Begoña Peña Revilla en representación del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias se personó ejerciendo la acción pública como acusación particular, y solicita que se les releve de prestar fianza. Por Providencia de fecha 30 de abril siguiente se acuerda remitir los escritos a la Sala de lo Penal del TSJ que, por Auto de 5 de mayo siguiente, admite el ejercicio de la acción pública, condicionado a que previamente preste fianza por importe de 6.000€. Una vez prestada la fianza, según fue comunicado en escrito de 24 de noviembre de 2014, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 25 siguiente se tiene a Manos

Limpias por personado en las presente Diligencias Previas.

La representación de Manos Limpias, mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2014, que se completa con el posterior de fecha 30 de diciembre de 2014, denuncia la comisión de los delitos de alzamiento de bienes y de estafa, presuntamente cometidos por el Sr. Montalvo Vijande y solicita la adopción de medida cautelar consistente en la suspensión de la ampliación de capital, siendo desestimada por Auto de fecha 19 de enero de 2015.

Asimismo, Manos Limpias solicitó la apertura de pieza de responsabilidad civil, desestimándose por Auto de fecha 27 de diciembre de 2014, y la práctica de diligencias complementarias que fueron parcialmente admitidas por Auto de fecha 9 de marzo de 2015, que recurrido en reforma, fue confirmado por Auto de fecha 26 de marzo siguiente; denegándose la investigación de la autenticidad de las facturas emitidas por Garayar, con lo que pretendía determinar si las mismas responden a trabajos efectuados y justifican los fondos de las empresas públicas de Cantabria y especialmente de CEP Cantabria S.L.(CEP). Frente al citado Auto se interpuso recurso de apelación que ha sido desestimado por Auto de la Sala de lo Penal del TSJ de fecha 4 de mayo de 2015.

Séptimo.- Mediante Providencia de fecha 10 de Octubre de 2014, se realizó ofrecimiento de acciones como perjudicadas a la Entidad de Derecho Público INSTITUTO DE FINANZAS DE CANTABRIA(ICAF)y a la Sociedad Pública CEP, personándose el Gobierno de Cantabria mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 2014, personación inadmitida, por Auto de fecha 17 de noviembre de 2014, confirmado por Auto de fecha 20 de noviembre siguiente, que desestimó el recurso de reforma, y por Auto de la

Sala de lo Penal del TSJ, de fecha 29 de enero de 2015, que desestimó el recurso de apelación.

La Sociedad Pública CEP mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2014, se personó sin que haya solicitado la práctica de diligencia alguna.

Octavo.- La representación de Jacobo Montalvo Vijande y Dumviro Ventures S.L., durante la tramitación de las presentes Diligencias previas, aportó documentos referidos al concurso del Racing, a la compra venta de participaciones del Racing realizada en fecha 31 de julio de 2014, a la suscripción del préstamo participativo con el Racing y a la reclamación de factura por Cantur, que fueron admitidas por Providencias de fechas 24 de julio, 1 y 3 de diciembre de 2014. Por el contrario, la declaración en calidad de testigo de Don Ahsan Ali Syed, también solicitada, fue denegada por Auto de fecha 22 de agosto de 2014.

La Procuradora Doña Carmen Mantilla Abascal, en representación de Don Jacobo Montalvo Vijande y de la Entidad mercantil Dumviro Ventures S.L., mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2014, subsanado por escrito de 5 de diciembre siguiente, solicitó la imputación de Don José Francisco Pernía Calvo por la supuesta comisión de un delito de malversación y la comisión de un delito de administración desleal de la entidad mercantil Cantur; solicitud denegada por Auto de fecha 23 de diciembre de 2014, confirmado por el Auto de 20 de enero de 2015 que desestima el recurso de reforma, y por el Auto de la Sala de lo Penal del TSJ, de fecha 27 de febrero de 2015, que desestimó el recurso de apelación.

Mediante escrito presentado en fecha 10 de abril de 2015 solicita la imputación de Don Ahsan Ali Syed por la supuesta comisión de un delito de malversación de caudales públicos en calidad de cooperador necesario

y de Western Gulf Advisory Holding, B.V. y WGA Sports Holding, solicitud que fue desestimada por Auto de fecha 27 de abril de 2015.

Finalmente, solicita la declaración en calidad de testigo de Don Onur Arslan, y solicita se aporte por Cantur los requerimientos judiciales y acciones judiciales que haya ejercitado frente a Don Ahsan Ali Sayd y las empresas de las que es administrador único.

Noveno. -Mediante Providencia de fecha 11 de noviembre de 2014 se acuerda la citación, en calidad de imputado, de Don Emiliano Garayar Gutiérrez; recurrida en suplica, reforma y nulidad de actuaciones, es desestimada por Providencia de 24 de noviembre siguiente.

El 23 y 30 de diciembre de 2014, aporta documentación relativa a los trabajos sobre la normativa ICAF y al proyecto SEMAS, que se admitieron por Providencias de fechas 19 de enero de 2015. Solicitó la práctica de diligencias documentales, parcialmente admitidas por Auto de fecha 25 de marzo siguiente, que estimó parcialmente el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 27 de febrero de 2015 anterior; requiriéndose de ICAF las Actas relativas al proyecto Racing, que fueron aportadas el 10 de abril de 2015.

Solicita el 29 de abril de 2015 que se requiera nuevamente a ICAF para que presente las actas completas e íntegras y no las certificaciones que se dicen "elaboradas ad hoc por el Sr. Secretario", lo que es denegado mediante Providencia de fecha 4 de mayo de 2015.

Finalmente, la representación de Don Emiliano Garayar ha solicitado la declaración, en calidad de testigos, de Don Jesús Bulnes y a Don Emilio Del Valle,

en relación con el informe y participación de los mismos en la liquidación de la titulización.

Décimo.- Doña Gabriela Mirapeix Eckert, Procuradora de los Tribunales y de Don Ángel Agudo San Emeterio, mediante escrito de fecha 7 de abril de 2015, solicita diferente documentación relativa al proyecto Ecoparque Besaya SL, a la liquidación de la titulización y al registro de accionistas del Racing, aportando diversa documentación sobre la que se decidió en Providencia de 27 de abril de 2015. Finalmente solicita la declaración del Delegado de la Agencia Tributaria en 2011 y de Don Roberto Bedoya.

Undécimo.- Doña Gabriela Mirapeix Eckert, Procuradora de los Tribunales y de Don Francisco Javier López Marcano, como únicas diligencias solicitadas, mediante escrito de fecha 7 de abril de 2015, interesó se practicasen diligencias de investigación en relación con las subvenciones percibidas por el Racing desde el año 2003, documentación consistente en expedientes de convenio, de justificación, de financiación, así como los expedientes de gastos de los ejercicios 2009 y 2011. Finalmente, solicita la declaración en calidad de testigos de quienes ocuparon el puesto de Director General de Deportes y firmaron las certificaciones que obran en el expediente de subvenciones que obra en las diligencias.

Duodécimo.- El Ministerio Fiscal, respecto de la subvención percibida por el Racing durante los ejercicios 2006 y siguientes, solicita, en fecha 1 de abril de 2015, que se tome declaración en calidad de imputados a los Directores Generales que firmaron las certificaciones del expediente de subvenciones que obra en las diligencias.

Decimo tercero.- Mediante Providencia, de fecha 5 de marzo de 2015, se unen a las diligencias el informe que remite el Ministerio Fiscal del Tribunal de Cuentas con el que se acompaña soporte documental relativo a la fiscalización anual, ejercicio 2012, de la Comunidad Autónoma de Cantabria relativo a la pérdida sufrida por CANTUR como consecuencia de los acuerdos suscritos en enero de 2011.

Decimo cuarto.- Se han practicado por delegación de la Sala, cuantas diligencias de investigación se han estimado esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos y las personas que han participado en ellos. Además de las solicitadas por el querellante, aportadas y admitidas, las acordadas por en Auto de fecha 4 de marzo de 2014, Providencias de fechas 13-3-14 (informe de Director Financiero de Cantur), 22-4-14 (informe de Director Financiero de CEP), 17-6-14 (factura de 21 de enero de 2011 de Deloitte), 19-6-14 (contrato de asesoramiento jurídico entre Garayar y CEP), 1-7-14 (informe de Director Financiero de CEP e ICAF), 8-7-14 (expediente de Ecoparque Besaya a CEP y testimonio del TSJ, sala de lo contencioso administrativo), 24-7-14 (informe Racing), 3-12-14 (documentación del Racing relativa a las operaciones de 2005 y 2011, pagos y apuntes contables), 10-12-14 (venta de participaciones de Dumviro y documentación acreditativa de la separación de Gómez Acebo y Garayar), 23-12-14 (modificación del contrato de separación y existencia de cesión del contrato de asesoramiento entre Gómez Acebo y CEP), 23-12-14 (sobre expediente de las subvenciones concedidas al Racing por el Gobierno de Cantabria). Por Autos de 27-2-15 (sobre el encargo a que responde la factura de 31 de enero de 2011 de Gómez Acebo y la

póliza de crédito suscrita en abril de 2010, a ICAF) y 27-3-15 (Actas de ICAF referentes al proyecto Racing) y providencia de 5-3-15 (certificado de pago por SEIF del préstamo participativo, compensado en diciembre de 2010 por la ampliación de capital).

Respecto de la documentación de las mercantiles SEDI GESTION INMOBILIARIA S.L. y SILVER EAGLE DE INVERSIONES FINANCIERAS (SEIF), requerida en Providencias de fechas 17 de diciembre de 2014, 27 de febrero de 2015, Auto de 9 de marzo de 2015 y Providencia de 10 de abril de 2015, ante el incumplimiento por Don Javier Montalvo Correa, por Providencia de 5 de mayo de 2015, se acuerda deducir testimonio al Juzgado de Guardia de entre los Juzgados de Instrucción de Madrid porque los requerimientos incumplidos son susceptibles de constituir un delito de desobediencia a la autoridad.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Las presentes Diligencias se inician por la querella interpuesta por la Sociedad Regional Cantábrica de Promoción Turística S.A. (CANTUR) contra Don Francisco Javier López Marcano, Don Ángel Agudo San Emeterio, Don Luis Egusquiza Manchado, Don Jacobo Montalvo Vijande y Dumviro Ventures S.L. por la posible comisión de los delitos de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 432 apartados 1 y 2 del Código Penal, fraude a ente público del art. 436 C. P. y delito societario por administración fraudulenta o desleal del art. 295 del C.P.

Los actos que constituyen la conducta tipificada, a juicio de los querellantes, viene constituida, por la intervención de los querellados en los acuerdos suscritos en enero de 2011, mediante los que en

beneficio de Dumviro Ventures S.L. realizan la condonación injustificada de parte del crédito del que es acreedor Cantur frente a Dumviro Ventures S.L., la subrogación del resto sin garantías, el levantamiento injustificado de la prenda que sobre el 53,42% de las acciones del Racing lo garantizaba, la liberación a Dumviro Ventures S.L. de todas las obligaciones y de las garantías que había prestado, otorgando a Dumviro un trato de favor continuado desde 2005 pese a que había incumplido todos los pagos y obligaciones. Todo lo anterior se realiza, a juicio de los querellantes, pese a las advertencias de los asesores jurídicos, sin contar con informe de solvencia y sin contar con la aprobación ni ratificación del Consejo de Administración de Cantur, causándole a Cantur un perjuicio económico que concreta en 5.966.867€. El trato de favor dispensado a Dumviro se extiende a las empresas de la familia Montalvo y se concreta en la adjudicación a Alcalá 120 SL (empresa participada por el grupo de la familia Montalvo) del desarrollo de Ecoparque Besaya de forma simultánea a la compra del Racing (y con ella la adquisición de la posición deudora respecto de Cantur). Denuncia el trato de favor dispensado al Sr. Garayar, por su intervención en la compra por Dumviro, que concreta en los contratos adjudicados en las mismas fechas con ausencia de expediente de contratación y con indeterminación de honorarios y que ascendieron a 4 millones de euros.

SEGUNDO.- El conocimiento de la querella se atribuye al TSJ por la intervención de un aforado en los hechos descritos, en virtud de lo previsto en los arts. 73 de la LOPJ y 11 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, conocimiento que se extiende a las conductas de los no aforados respecto de las que exista conexidad con los

hechos imputados al aforado (art. 272 y 17 de la LECrim).

El art. 300 de la L.E.Crim. señala que *"cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario"* si bien, a continuación, establece que los delitos conexos se comprenderán en un solo proceso. Por tanto el legislador quiere concentrar en una sola causa aquellas conductas que presenten una evidente e indiscutible conexidad a la luz de lo establecido en el artículo 17 de la LECrim. Este criterio es el adecuado cuando los hechos presentan una incuestionable relación entre sí y su enjuiciamiento, por separado, pudiera dar lugar a sentencias contradictorias.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, señala que la conexión es una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, pero no implica la innecesaridad de esa indivisibilidad. La indivisibilidad obliga a reunir el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho, de forma que responda aquella a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos que por tener entre sí un nexo común, es aconsejable se persigan en un proceso único, por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Ese nexo puede resultar de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad, simultaneidad en la comisión o de un enlace objetivo de los hechos.

Pero la fuerza unificadora del nexo no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes, puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios

partícipes, obrando de acuerdo a unos mismos hechos simultáneos.

Por otro lado, la exclusión del aforado en las conductas típicas investigadas, implicará la falta de competencia para realizar pronunciamientos respecto de los no aforados, debiendo en su caso ser remitidas al órgano competente.

Por último, se debe añadir que de conformidad con lo establecido en el art. 73-4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la instrucción de las causas de las que conoce el TSJ se designa un instructor de entre los miembros de la Sala, siendo por tanto una instrucción delegada manteniendo la Sala la decisión relativa a la admisión de su competencia respecto de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan a su conocimiento.

TERCERO.-Las diligencias previas constituyen la fase que tiene por objeto practicar las diligencias de investigación pertinentes para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho delictivo, las personas que han participado y en su caso el órgano competente para el enjuiciamiento.

Una vez finalizadas las diligencias, establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez de Instrucción adoptará mediante Auto alguna de las resoluciones a las que se refiere el art. 779 de la L.E.Crim., es decir: *"1ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. 2ª Si*

reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento. 3ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. 4ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente". Esta decisión debe contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan y no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla.

Con las premisas anteriores se debe determinar el ámbito normativo de los delitos cuya comisión se imputa, si las diligencias de investigación practicadas revelan, en el momento indiciario en el que nos encontramos, que los hechos pudieran ser constitutivos de los delitos cuya comisión se le atribuye, la intervención del aforado en las diferentes conductas típicas investigadas, y la relación de conexidad con las conductas de los no aforados.

CUARTO.- La querella imputa al aforado Sr. López Marcano y a los restantes querellados la comisión de un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 432 del Código Penal, un delito de fraude a ente público del art. 436 CP y un delito societario por administración fraudulenta o desleal del art. 295 del CP.

Establece el art. 432-1 del CP que "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo,

sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años”.

La figura delictiva parte de la concurrencia de los requisitos siguientes: cualidad de funcionario o autoridad del agente; la facultad decisoria potencial o detentación de los caudales o efectos; la consideración de los efectos y caudales como públicos, y la comisión de la conducta típica.

En relación con el análisis de la condición de funcionario público a efectos penales, enfocado precisamente a los dirigentes de empresas de capital público, la STS de 16-5-14 (caso mercasevilla) mantiene que se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento, es un concepto marcadamente funcional, que precisa estar a la realidad esencial y no al ropaje formal, estableciendo que “la huida del derecho administrativo ... no puede ir acompañada de una huida del derecho penal, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por dotar de apariencia privada lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato de alta dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material”.

Además, el tipo penal exige que el sujeto activo tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la practica administrativa dentro de aquella estructura (STS 19-9-01) y basta que las funciones sean efectivamente

desempeñadas (STS 16-5-02 y 16-12-02). La reciente STS de 23 12-14, superando una concepción anterior que exigía una disponibilidad jurídica, considera que basta para colmar la exigencia típica que las funciones estén encomendadas y sean desarrolladas.

Respecto del objeto material, son los caudales o efectos públicos que se refieren a cualquier clase de bienes, muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables u otros bienes o derechos que forman el activo de un patrimonio público. En palabras de la STS de 11 de Marzo de 2015, aunque no existe un concepto penal de fondos, caudales o efectos públicos, se entiende con carácter general que son efectos públicos los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas. Cuando los entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, el capital por ella manejado pertenece al ente público matriz y los fondos de aquella son fondos públicos.

La cuestión relativa al carácter de fondos públicos de las empresas públicas, ha sido analizada en la reciente STS de 7-10-14 que concluye que los fondos de las empresas públicas con capital exclusivamente público tienen la naturaleza de fondos públicos.

El art. 432 del CP tipifica, respecto de la conducta, una modalidad activa y una omisiva, al decir "substrayendo o consintiendo que otro sustraiga". La conducta típica ha de ser realizada con ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que como analiza la STS de 21-7-05, ha de ser interpretada en sentido amplio, considerándolo como el propósito de enriquecimiento, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, es decir que se actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para

tercero, siendo asimismo indiferente el móvil o causa última incluso de mera liberalidad, porque el móvil o finalidad última es ajena al derecho penal. Incluye la omisión impropia, por cuanto, en palabras de la sentencia citada *"por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado"*.

El art. 432-2 del CP establece que se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. La aplicación del subtipo agravado de malversación exige que la malversación revista especial gravedad atendiendo, al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Se trata de dos factores que deben concurrir, si bien, en su interpretación, el TS ha establecido que de una abultada cifra malversada conlleva la incidencia en el servicio al que estaban destinados los fondos (STS 22-3-13), y la superación de la cantidad de 600.000€ es considerada que genera ya por sí, necesariamente, un entorpecimiento del servicio público (SSTS 24-4-07, 13-4-02, 29-7-98).

La querella imputa asimismo la comisión del delito de fraude a ente público. Establece el art. 436 del CP que, 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.

En este tipo punible, al igual que el anterior, aparece como sujeto activo la autoridad o funcionario público que interviene por razón de su cargo, sin que sea preciso que la intervención este atribuida específicamente, si bien respecto de la forma de su intervención no se exige que sea con una decisión bastando la realización de cualquier trámite o informe.

La conducta típica viene definida con el verbo "se concertara con los interesados o usase cualquier artificio", concepto que por su amplitud permite cualquier forma, sirva para causar un perjuicio al sujeto pasivo, a su patrimonio.

Respecto de las formas de defraudar el precepto se refiere a modalidades de contratación pública, liquidación de efectos o haberes públicos, conceptos que han sido interpretados de forma amplia por el TS a fin de considerar que se incluyen el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública. La defraudación ha de realizarse a un ente público concepto en el que se incluyen las empresas de capital público. Es un delito de mera actividad que no precisa, para su consumación la producción de lesión o perjuicio patrimonial concreto, sino que basta la existencia de concertación.

Finalmente la querella imputa la comisión de delito societario por administración fraudulenta previsto en el art. 295 del CP, que tipifica la conducta de *"los administradores de hecho o de derecho o de los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o*

contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido".

El delito societario por administración fraudulenta requiere como elementos que el sujeto activo sea administrador de hecho o de derecho, delimitación que según la jurisprudencia determina que se refiera a quien ejerza facultades de decisión, incluso sin que medie nombramiento, quien desempeña actividad de gestión y representación propia del administrador. La STS de 26-6-06 nos dice que "se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por si o conjuntamente con otras, adopta o impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales..."; que se actúe con abuso de funciones propias de su cargo; que se actúe en beneficio propio o de tercero.

Respecto del sujeto pasivo de la acción, este es la sociedad, su patrimonio, que sufre el perjuicio. La STS de 17-4-13, así expresamente lo indica al decir que "el sujeto pasivo es la sociedad, o si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio".

La conducta punible abarca dos supuestos diferentes, disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de esta (STS 16-12-2008 y 18-11-2009), causando un perjuicio económicamente evaluable, es decir, de naturaleza patrimonial y que podrá comprender tanto la pérdida sufrida como la ganancia dejada de obtener. Respecto de los bienes de la sociedad sobre los que recae la conducta, afecta al conjunto del patrimonio mobiliario

e inmobiliario de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes. Además del conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, se exige el tipo subjetivo del injusto al decir que se actúe en beneficio propio o de un tercero.

QUINTO.- De entre las conductas que se describen en la querella, se imputa a los querellados el trato de favor a la familia Montalvo que se concreta en la adjudicación del desarrollo del proyecto Ecoparque Besaya, a cambio de la compra de las participaciones del Racing y ello con soporte en las propias declaraciones que ante el Parlamento realizó el querellado Sr. Montalvo, en relación a un encuentro en un restaurante durante el que se le impuso la compra del Racing a cambio de la adjudicación del proyecto Ecoparque Besaya, coincidiendo también la intervención del Sr. Garayar en ambos proyectos y en esas mismas fechas.

Aunque Ecoparque Besaya S.L. se constituye en fecha 20 de julio de 2005, siendo CEP socio mayoritario de la misma con un 96% de sus participaciones, no es sino hasta 2006 cuando se inicia el procedimiento de contratación para la búsqueda de un socio privado que adquiriese el 74,9% de las participaciones sociales. El trabajo se realiza por el Sr. Garayar que lo lleva a cabo a través del despacho profesional (Garayar Asociados S.L.) en el que es socio mayoritario, asignando la elaboración del Pliego a quien entonces era su socio, Sr. Martínez Villaseñor, acordándose la publicidad de los pliegos en fecha 26 de mayo de 2006. Los pliegos establecían la existencia de una comisión asesora que a modo de mesa de contratación era la encargada de elaborar la propuesta de adjudicatario. La constitución de los miembros de la Comisión se realiza entre personal cercano o dependiente de CEP, en

concreto el que fue nombrado por CEP gerente de Ecoparque Besaya SL y dos trabajadoras de CEP, (una de ellas después fue contratada por el Sr. Garayar) y personal cercano a Garayar, su socio en el despacho profesional Sr. Martínez Villaseñor y su socio en el proyecto hospitales, Sr. Etreros. La propuesta de adjudicación se realiza en fecha 14 de septiembre de 2006 a favor de Alcalá 120 SL sociedad participada por la familia Montalvo (a través de una empresa de su grupo), siendo que además el Sr. Garayar al margen de su actividad de asesoramiento inició (y después abandonó) la realización de proyectos empresariales con el Presidente de la empresa matriz de la familia Montalvo, Don Javier Montalvo (padre del querellado).

Coincide en el mismo periodo la entrada de la familia Montalvo en el Racing. Se inicia en diciembre de 2005, se fortalece con el nombramiento del Sr. Pernía como presidente del Racing que sigue percibiendo su salario de las empresas del grupo Montalvo (superior a 100.000€) y desarrolla su trabajo por mandato de la empresa matriz del grupo Montalvo en el Racing de Santander (lo que sucede en mayo de 2006 fecha de la publicidad de los Pliegos del expediente de contratación de Ecoparque). La aportación por Dumviro del préstamo participativo al Racing, queda anotado en la documentación remitida por el Racing, en fecha 14 de septiembre de 2006 (fecha de adjudicación del proyecto Ecoparque a una empresa participada por el grupo de la familia Montalvo), si bien los pagos se realizan por la empresa matriz del grupo Montalvo en los meses de febrero y marzo de 2007. El propio querellado Don Jacobo Montalvo aporta a las diligencias un contrato suscrito en representación de Dumviro en la fecha en la que niega hubiera entrado en el Racing (enero de 2007).

La entrada de la familia Montalvo en el Racing se pretende justificar mediante acuerdos adoptados en el seno del Consejo de Administración de la empresa matriz que no han sido facilitados, pese a haber sido requeridos de forma reiterada. En este contexto, por la mera coincidencia de fechas, no se pueda afirmar la existencia de indicios que conecten la compra del Racing con la adjudicación del proyecto Ecoparque, porque no coinciden las fechas que se dicen del encuentro; no coinciden las manifestaciones realizadas por el Sr. Montalvo; porque se niega por los restantes presentes en ese encuentro (también por el Sr. Serrano, Director Financiero de la empresa matriz del Grupo Montalvo) y porque incluso el propio Sr. Montalvo altera, en fechas y contenido, lo que había manifestado ante el Parlamento. Tampoco en el proyecto Ecoparque Besaya existe intervención del aforado Sr. López Marcano, lo que impide que esta instrucción delegada de la Sala de lo Penal del TSJ pueda conocer de los mismos.

Lo anterior obliga a denegar las diligencias solicitadas por la representación del Sr. Agudo en fecha 7 de abril de 2015 referidas a Ecoparque (puntos 1 a 3) y al que nos referimos en el antecedente de hecho décimo.

Sin embargo las diligencias practicadas han puesto en evidencia la posible comisión de conductas delictivas.

El expediente de contratación para la búsqueda de un "inversor" privado de Ecoparque Besaya, mediante la transmisión de participaciones sociales, fue objeto de impugnación ante la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Cantabria, dando lugar a los procedimientos ordinarios 476/07 y 893/06 finalizado por sentencia de fecha 27 de enero de 2009 que anuló el Pliego, y en la que se establece que la venta de

participaciones debió someterse a la Ley de Contratos de la Administración Pública, por el carácter público de la sociedad contratante y por la finalidad y objeto del concurso, que no era sino impulsar desde el Gobierno de Cantabria las actuaciones necesarias para la promoción y recuperación medioambiental del área de Besaya, deprimida a consecuencia de la desaparición de las minas de Reocin, actuación que se pretende realizar a través de un PSIR, de iniciativa pública o privada, y que tiene una finalidad más amplia. La sentencia concluye que el concurso esconde un fraude de ley, porque bajo la apariencia de un contrato mercantil de enajenación de participaciones sociales, a través de las cuales Ecoparque Besaya se transforma en una sociedad de naturaleza jurídico-privada, pretende predeterminar el futuro adjudicatario de las obras urbanizadoras del PSIR previsto para el desarrollo y actuación integrada del Proyecto de Ecoparque Besaya. Finalmente deduce testimonio a Fiscalía, que con los datos que en ese momento contaba dictó Decreto de fecha 15-7-09.

Además el informe pericial emitido en esos procedimientos valora las propuestas de los licitadores, y afirma que la propuesta de la empresa SADISA era muy superior a la de la adjudicataria, Alcalá 120 SL, y a esta misma conclusión llega la integrante de la mesa o comisión de valoración (Sra. López Claudios), pese a que en el informe que finalmente firmó no se recogieron las valoraciones que realizó y las conclusiones a las que llegó.

Tras la adjudicación a Alcalá 120 SL y la escritura de la transmisión de las participaciones de fecha 13-12-06, por la que Alcalá 120 SL pagó 179.000€, la primera actuación que realiza, como indicó en su propuesta, fue contratar los servicios (contrato de servicios) de una empresa de la familia Montalvo, SEDI,

por 15 mill. € (modificando la cantidad que constaba en la oferta económica). El objeto de este contrato de servicios era realizar la redacción de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de ejecución y la dirección de la obra de urbanización. Consta en las cuentas facilitadas tras la absorción de CEP que los gastos de SEDI ascendieron a 2.881.416€, si bien de los datos extraídos de las declaraciones anuales con terceros la facturación de SEDI a Ecoparque Besaya ascendió a 2.396.372€. Las relaciones con las empresas de la misma familia Montalvo se siguen produciendo porque a su vez SEIF (empresa matriz del Grupo Montalvo) facturó a SEDI más de 3 millones de euros, retornando a la empresa matriz del Grupo Montalvo.

Asimismo Ecoparque Besaya S.L. contrata, al Sr. Garayar, mediante Garayar Asociados S.L., fijando un precio del 1% del montante global de la "oferta seleccionada", habiendo percibido, según las cuentas aportadas por CEP tras la fusión 582.232€, si bien de los datos extraídos de las declaraciones anuales con terceros la facturación de Garayar a Ecoparque Besaya ascendió a 787.116,29€.

En fecha 23 de octubre de 2008 Alcalá 120 solicitó a CEP en la persona del Sr. Agudo, la resolución del contrato, alegando como razones la evolución el mercado inmobiliario y que después de dos años desde la adjudicación "no se ha producido ningún avance en la tramitación urbanística del ámbito que permita poner en marcha todo el proceso de transformación". En lugar de resolver el contrato administrativo (ya se había dictado la sentencia del TSJ de Cantabria de fecha 27-1-09), Se opta (CEP y Ecoparque Besaya SL) por recomprar las participaciones de Alcalá 120, que se realiza en escritura de fecha 30 de septiembre de 2009. La recompra no se limitó al precio de la compra (179.000€), sino que se adquieren

por CEP los préstamos participativos (cuatro por importe de 422.000€), y préstamos personales (tres por importe de 2.927,636€), alcanzando el montante de 3.349.636,45€ cantidad cuyo pago asume CEP. Los préstamos personales tan solo constan en documentos privados todos de la misma fecha, idéntica a la de la escritura pública de recompra de las participaciones, sin justificar los activos que se adquieren con esa cantidad.

El pago se realiza por CEP, 422.000€ mediante cheque y 2.927.636 € que obtiene de ICAF, que le concedió una línea de crédito de la que dispuso hasta de 3.580.186€.

En cualquier caso, se le devuelve a Alcalá 120 SL la fianza que en su día prestó.

Pese al importante desembolso llevado a cabo, sin justificación alguna, pese al reconocimiento de la inexistencia de la tramitación urbanística objeto del contrato y presupuesto de las restantes actuaciones en la zona, no se adquiere activo alguno. Una vez adquiridas por CEP las participaciones de Alcalá 120, se realiza una operación de fusión por absorción constando el activo fusionado en 2011 a cero "0", mientras que, por el contrario, consta 831.221€ de patrimonio neto negativo contabilizado en la fusión por CEP.

Lo expuesto, obliga a que se acuerde deducir testimonio al Juzgado de Instrucción de Santander que por turno corresponda, al considerar que los hechos expuestos, en los que han intervenido el Sr. Egusquiza, el Sr. Agudo, el Sr. Garayar y el Sr. Montalvo, pudieran ser constitutivos de los delitos de prevaricación, malversación de caudales y fraude a ente público, deduciéndose que el perjuicio sufrido por CEP asciende a 3.349.636,45€.

La posible comisión de un delito de prevaricación se justifica en la jurisprudencia más reciente de nuestro TS(ss. de 3-9-14 y 11-3-15), que ha reiterado que los actos de las empresas públicas realizados por quienes penalmente tienen la consideración de funcionarios y autoridad, son "asunto administrativo", penalmente hablando.

SEXTO.- De las conductas que se describen en la querella se imputa a los querellados, la realización de un trato de favor a Don Emiliano Garayar por su intervención en la compra de Dumviro y que se concreta en la adjudicación de sucesivos contratos, con ausencia de expediente de contratación, de publicidad y concurrencia e incluso sin determinar el precio, y que ha dado lugar a que desde el año 2006 haya percibido de las empresas públicas de la Comunidad de Cantabria una cantidad cercana a los 4 millones de euros y en concreto sólo de CEP una cantidad de 1.844.954,98€. Las diligencias practicadas han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La sociedad pública CEP se crea mediante Decreto 55/2004, de 27 de mayo, como una sociedad de capital totalmente público, del Gobierno de Cantabria, con el fin de que realizase la coordinación financiera de las sociedades mercantiles públicas.

En marzo de 2005 realiza un concurso público que finaliza con la adjudicación y suscripción de un contrato marco con Gómez Acebo&Pombo estableciéndose una duración de dos años prorrogables por dos más, contrato que no fue rescindido antes del vencimiento del plazo y prorrogas. Vigente el contrato y sin que existiese resolución, ni cesión alguna, CEP pasa a realizar los encargos jurídicos a Don Emiliano Garayar quien constituye la sociedad Garayar Asociados SL en fecha 21 de diciembre de 2005, después de abandonar

Gómez Acebo&Pombo, suscribiendo el acuerdo de separación en fecha 19 de diciembre de 2005.

Desde el año 2006 el Sr. Garayar es contratado por CEP, en algún caso considerando la existencia de urgencia, y limitación temporal de 3 meses, pese a lo cual se excedió a años como sucedió en el llamado proyecto hospitales y en el resto de los casos, sin publicidad ni concurrencia, sin expediente administrativo alguno, sin determinación de precio e incluso en algún caso, sin que responda al desarrollo efectivo de actividad.

En concreto es el caso de la factura número 4/2006, de fecha 22 de febrero de 2006, por importe de 46.400€, no se justifica por el concepto que menciona, por cierre de la operación de compraventa y otros, no responde a este concepto al ser ese trabajo encomendado, realizado y abonado a Gómez Acebo&Pombo (y así se certificó en su momento por el Gobierno de Cantabria).

De esta manera Garayar desde el año 2006 fue contratado, en materia de asesoramiento, y también en contratos con un objeto más amplio, como el referente a proyecto hospitales cuyo objeto era el asesoramiento jurídico y técnico, y ampliado al de ejecución de obra, mediante sucesivos contratos, sin expediente alguno, sin publicidad ni concurrencia, llegando a percibir de CEP la cantidad de 1.844.954.98€.

El exceso de las cantidades facturadas, por los trabajos encomendados es ostensible comparándolas con las facturadas por Gómez-Acebo&Pombo, que seguía siendo en las mismas fechas adjudicatario y prestador de esos servicios, con soporte en el concurso o contrato marco, que si se realizó con publicidad (concurriendo 9 empresas y letrados).

En varios escritos presentados en las diligencias, se aduce por la representación del Sr.

Garayar que el carácter de empresa privada de CEP excluye los hechos de tipificación penal y cita a estos efectos la STS de fecha 28 de febrero de 2014, alegando que las contrataciones que llevan a cabo las empresas publicas no pueden ser consideradas asunto administrativo a los efectos de cometer el delito de prevaricación, sin embargo el TS en las sentencia de 3-9-14 y 11-3-15 se ha pronunciado, manifestando que aquella sentencia era "un quiebro aislado de nuestra jurisprudencia consolidada", que "estimamos procedente mantener la doctrina mayoritaria" y en definitiva que la presencia de capital público, que en el caso de CEP no sólo es mayoritario sino exclusivo, no altera la naturaleza de la actuación de la empresa en el ámbito mercantil. Pero si condiciona las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos, y en definitiva, afirma, "las resoluciones, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en asunto administrativo...".

En definitiva, por lo expuesto, con independencia de valorar el acierto o no de las actuaciones llevadas a cabo por los servicios abonados a Garayar, y la aplicación de la jurisprudencia más reciente de nuestro TS, se acuerda deducir testimonio al Juzgado de Instrucción de Santander que por turno corresponda, al considerar que los hechos expuestos, en los que han intervenido el Sr. Egusquiza, el Sr. Agudo y el Sr. Garayar , pudieran ser constitutivos de los delitos de prevaricación, malversación de caudales y fraude a

ente público y que han supuesto un perjuicio económico a CEP por importe de 1.844.954.98€.

SEPTIMO.- Con ocasión de las diligencias practicadas se tuvo noticia de la aplicación de las subvenciones concedidas por el Gobierno de Cantabria al Racing a fines distintos de aquellos que fueron fijados en la norma de concesión, conducta que precisa un análisis diferente por la intervención del Sr. López Marcano que es el que ostenta la condición de aforado, en su condición de Consejero de Cultura y Deporte.

Mediante Providencia de fecha 23 de diciembre de 2004 se requirió de la Consejería el expediente relativo al reconocimiento de subvención a favor del Real Racing Club de Santander S.A.D., por importe anual de 2.000.000€ y para los ejercicios 2006 a 2016, para la promoción del deporte base; así como se requirieron las Actas de la Comisión de seguimiento, las justificaciones anuales, el expediente de reintegro y los informes de fiscalización emitidos por el Tribunal de Cuentas, documentación que fue aportada el 23 de febrero siguiente.

El Ministerio Fiscal entendiendo que pudiera deducirse responsabilidad penal, al constar la existencia de certificaciones relativas al cumplimiento de las condiciones generales y particulares que motivaron la concesión solicitó la declaración judicial de los Directores Generales de Deportes del Gobierno, en calidad de imputados.

Por su parte, la representación del Sr. López Marcano, solicitó que se practiquen diligencias en relación con un Convenio de subvenciones anterior, de 28 de marzo de 2003, que se requiera el expediente completo justificación e informes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, y se requiera a la Consejería de Hacienda el expediente plurianual.

Además, y respecto de la subvención reconocida por el Decreto 161/2005 y en relación con los ejercicios 2009 y 2011, solicita que se requiera el expediente de justificación, y el expediente de gasto. Así como, también solicita la declaración en calidad de testigos de los Directores Generales de Deportes a los que atribuye la gestión de la subvención.

Las diligencias practicadas acreditan los siguientes hechos:

Mediante Decreto 161/2005, de 22 de diciembre, se aprueba la concesión directa de una subvención para la promoción del deporte base y promoción exterior de Cantabria, siendo beneficiaria de la misma el Racing fijándose la cantidad de 2.000.000€ anuales desde 2006 hasta 2016. Se fija que la ayuda se destinará a la realización de 5 actuaciones en que se concreta el objeto de la subvención:

- a) Apoyo del deporte base manteniendo una estructura consolidada de equipos en categorías inferiores.
- b) Facilitar el acceso gratuito a los partidos a grupos de alumnos de educación primaria y primer ciclo de educación "sanitaria", previa programación.
- c) Colaborar en la promoción exterior de Cantabria a través de aquellas acciones que se acuerden.
- d) Facilitar la participación de los jugadores y técnicos en actos divulgativos dirigidos a niños y jóvenes.
- e) Apoyar, en los términos que se convenga, las actividades de promoción deportiva que se organicen por el Gobierno de Cantabria.

La subvención, que se rige por Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el Decreto 161/2005 y el Convenio de 30 de enero de 2006, exige la justificación de conformidad con lo que prevea el art. 30 de la Ley General de Subvenciones. En concreto, la cláusula tercera del Convenio se establece que la

justificación para cada anualidad del cumplimiento de los compromisos a que el club se obliga por el presente convenio, "se realizará mediante declaración de las actividades que han sido financiadas mediante la subvención y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incluidos, y su presentación se realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde que finalice el ejercicio que corresponda. No se producirán nuevos abonos sin haber justificado, dentro del plazo establecido, los anticipos abonados, y se acredite que la situación financiera de la entidad se ha fortalecido". Asimismo, la cláusula cuarta, prevé la existencia de una comisión de seguimiento compuesta de manera paritaria, por los representantes que cada institución firmante designe y "presidida por el Consejero del Gobierno competente en materia de deporte", es decir, el Sr. López Marcano.

El Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización correspondiente a los ejercicios 2006-2007, respecto de la justificación de la subvención, ya advirtió la inexistencia de detalle sobre las actividades declaradas, el desglose de los gastos incluidos en cada una de ellas a la vista de la relación de gastos genéricos que se han aportado por el Racing. El examen de las relaciones acredita que se incluyen partidas y cuantías referidas a conceptos ajenos al objeto de la subvención tales como "servicios jurídicos" por 538.168,45€, "seguros de vida de jugadores" por 333.197€, "seguridad social jugadores" en cuantía de 2.479.363,76€. Pese a ello se vinieron reconociendo las posteriores subvenciones e incluso sin valorar la situación financiera que debía haberse fortalecido.

El destino de la cantidad recibida por el Racing a actividades ajenas a los objetivos previstos en el Decreto y Acuerdo de subvención, pudiera desprenderse

también por el hecho de ingresar la subvención en una cuenta respecto de la que el Racing otorga un poder irrevocable a favor de la persona que nombre CEP, que el Racing como garantía del cumplimiento del contrato de 21 de marzo de 2006 (alquiler de la marca y derechos federativos), se obliga a constituir un derecho de prenda sobre "los derechos de crédito" que una determinada cuenta refleja a favor del Racing (que resultó ser la cuenta en la que se abonaba por el Gobierno la subvención) y porque la falta de pago de la subvención del año 2010, se vinculó directamente al impago en ese ejercicio del canon o alquiler de la marca.

En los hechos anteriores, interviene directamente el Sr. López Marcano, titular de la consejería que reconoce la subvención y acuerda cada año los pagos, pero ello no permite que sobre los mismos se pronuncie esta instructora en estas diligencias porque, como se ha anticipado en el fundamento segundo de esta resolución, actúa por delegación de la Sala de lo Penal del TSJ a la que corresponderá determinar la competencia y admisión del conocimiento de los hechos referidos. En definitiva, la designación como instructora lo es para sustanciar la querella admitida, sin que los hechos presuntamente delictivos a los que nos hemos referido, permita trasladar al Instructor la competencia de la Sala de admisión para decidir cualquier otro ejercicio de acción penal en el ámbito del proceso incoado.

En consecuencia, no procede acordar las diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal y la defensa del Sr. López Marcano (sin perjuicio de que los expedientes correspondientes a los ejercicios 2009 y 2011 fueron aportados como los anteriores y obran unidos al tomo XVII), y por entender que los hechos antes descritos pudieran ser constitutivos de los

delitos de prevaricación del art. 404 del C.P., malversación de caudales públicos del art. 432 y fraude a ente público del art. 436 del CP, se acuerda deducir testimonio a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria al intervenir en los mismos Don Javier López Marcano, que ostenta la condición de aforado.

OCTAVO.- De las Diligencias de investigación practicadas los hechos, indiciariamente y sin prejuzgar, que han quedado acreditados son los siguientes:

En Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2004 se adoptaron las siguientes decisiones:

Primero.-Mandatar al consejero delegado de CEP Cantabria para que en nombre de esta empresa pública de la Comunidad, formalice con una entidad de crédito un préstamo por importe de 6.750.000€, en condiciones de mercado, y posteriormente concierte con el Real Racing Club SAD una operación financiera susceptible de computar como patrimonio contable a los efectos de reequilibrio patrimonial, por el mismo importe e igualmente en condiciones de mercado, mediante la firma de un contrato de financiación. En ambos casos se deberá prever la posibilidad de que CEP Cantabria ceda su posición contractual en los préstamos a favor de la sociedad pública regional CANTUR.

Segundo.-Encomendar a CANTUR para que adquiera 11.568.724 de acciones ordinarias nominativas del Racing, constitutivas del 53,43% de su capital social, por un precio máximo de 16€, para su recolocación posterior en el mercado por sí o a través de tercero.

Tercero..-Mandar a CEP Cantabria para que tutele, planifique y controle el proceso de saneamiento y reordenación accionarial del Racing.

CANTUR, que desde el 23 de diciembre de 2003 era titular de un 8,06% de las acciones del Real Racing Club SAD, porcentaje por el que abonó la cantidad de 1.124.000€, operación suscrita por el Sr. López Marcano y de la que informó al Consejo de Administración de Cantur, lleva a cabo la compra de un 53,42% del capital social del Racing, en escritura pública de 23 de diciembre de 2004, de la que expresamente informa el Sr. Marcano al Consejo de Administración de Cantur en Acta del Consejo de 23 de diciembre de 2004. Tras esta operación Cantur pasó a ostentar la titularidad de una participación social mayoritaria del Racing de un 61,42%.

Con la finalidad de evitar que figurase en su balance y que el endeudamiento del Racing constara en la contabilidad de la Comunidad de Cantabria, realiza una operación de venta del 53,42% a Sticking Interfoot, en escritura de 7 de marzo de 2005 en la que actúa en nombre de Cantur el Sr. López Marcano, se fija un precio de 16€ y en garantía a favor de Cantur se constituye un derecho real de prenda sobre las acciones y un derecho de opción de compra. Además, de forma simultánea, firmó un contrato de servicios y la obligación de cesión a favor de Cantur de los derechos económicos derivados de las acciones. Cantur asume en este contrato el pago de la totalidad de los gastos e impuestos que se originen derivados del contrato.

Esta operación no fue autorizada por el Consejo de Administración de Cantur ni por la Junta General Universal, ni siquiera fueron informados. Tampoco fue publicitada, apareciendo a todos los efectos públicos, que CANTUR seguía siendo titular del 61,43% (ni

siquiera fue conocido por quien fue designado Presidente del Racing en esas fechas a instancias de Cantur, Don Manuel Huerta).

Durante el verano de 2005, siguiendo las instrucciones emitidas por el Sr. Egusquiza como Director Gerente de CEP Cantabria, fijadas con el Sr. Agudo, se realizó un proceso de búsqueda de comprador para las participaciones del Racing (de las que ya no era titular Cantur), con la colaboración del despacho de abogados GOMEZ-ACEBO&POMBO contratado por CEP, con soporte en el contrato marco de prestación de servicios de fecha 11 de marzo de 2005. A este proceso concurrieron diferentes grupos de inversores que realizaron ofertas de las que conoció, al menos, el Sr. Egusquiza.

Al margen de este proceso, Don Francisco Olmedo Manzaneque, que había cesado en su anterior trabajo para Bureau Veritas, y en la búsqueda de nuevos proyectos profesionales contacta y ofrece sus servicios a Don Luis Egusquiza quien le puso en contacto con el entonces Presidente de la mercantil SEIF, Don Javier Montalvo Correa, aceptando figurar como "hombre de paja" de aquellos para la compra del Racing, lo que hizo firmando la oferta vinculante que no realizó, sin poner dinero propio y siguiendo las directrices que le pautaron.

Para la formalización de esta oferta y el posterior contrato de compra se concertaron con Don Emiliano Garayar quien había prestados sus servicios profesionales en el despacho profesional Gómez-Acebo&Pombo hasta el 15 de noviembre de 2005, fecha en la que manifestó al Consejo de Administración de la firma su decisión de separarse y que se hizo efectiva el 31 de diciembre de 2005 siguiente. De forma simultánea el Sr. Garayar constituyó con el Sr. Olmedo la empresa Dumviro Ventures S.L., lo que sucede en

fecha 29 de diciembre de 2005, si bien no accede al registro hasta el 16 de enero de 2006.

El mismo 29 de diciembre de 2005 se firma un contrato privado de compraventa de acciones y cesión de derechos, sujeto a condiciones suspensivas, entre Sticking Interfoot, Cantur, CEP, el Racing y Dumviro Ventures S.L. En este contrato se establece la venta del 53,43% por 16€ a Dumviro; se pacta la cesión de Cantur a Dumviro de los derechos que tenía reservados CANTUR (lo que supone la extinción de la prenda y el derecho de opción del que era titular en virtud de contrato con Sticking Interfoot de fecha 7-3-05); se firma el contrato o acuerdo de accionistas, que se constituye como elemento esencial del contrato de venta, se acuerda la cesión del préstamo participativo de CANTUR a Dumviro por un precio líquido (capital principal, los intereses líquidos vencidos y exigibles devengados) y en garantía del pago de esta obligación o deuda, se reconoce a favor de Cantur un derecho real de prenda sobre las acciones de las que pasa a ser titular Dumviro, y un derecho de opción de compra a favor de Cantur, todo ello se formaliza en escritura pública de 21 de marzo de 2006 y en unidad de acto.

Dumviro asume los gastos y costes generados en el proceso de compraventa de las acciones, que se cuantifican, en el contrato de fecha 29-12-05, en 250.000€ que debe abonar a CEP y de los que exclusivamente abonó (SEIF desde una empresa filial SEDI) la cantidad de 5.000€. Dumviro no pagó, sin que se ejercitara acción judicial o extrajudicial por CEP para su reclamación.

Intervienen en esta operación el Sr. López Marcano y el Sr. Egusquiza con el conocimiento y conformidad del Sr. Agudo y el Sr. Garayar quien participa más allá de la labor de letrado, como socio fundador constituyente de Dumviro, que es quien realiza la

oferta vinculante y es el artífice del acuerdo de liberación del pasivo para formalizar la compra.

Dumviro se constituye como una empresa instrumental de SILVER EAGLE DE INVERSIONES Y FINANCIACIONES S.A. (SEIF), sin trabajadores, sin medios materiales, sin sede física ni medios personales, que adquiere el 53,43% del Racing con el acuerdo de ser liberada del pasivo del Racing, de las deudas bancarias que pesaban en ese momento sobre el Racing.

Desde la aprobación del primer plan de negocio, que según consta en el contrato de accionistas de 29 de diciembre de 2005, cláusula 3-1, anexo 1, se realiza tras la oferta vinculante de 12 de diciembre de 2005, ya se hace constar la existencia en el pasivo del Racing de deudas con entidades de crédito en cuantía de 17.500.000€, estaba presente en el balance desde la adquisición en el año 2004 y se hace constar el contrato de compra venta de 29 de diciembre de 2005. Se trataba de deudas provenientes de operaciones crediticias, prestamos, avalados por los propietarios anteriores a la compra por CANTUR en fecha 23 de diciembre de 2004, que vencidos e impagados se encontraban en proceso de ejecución (frente a los avalistas Horcasa, Dimitri Piterman y otros).

Para hacer frente a estos créditos por importe de los 17.500.000€ (y no a otros), y dada la inexistencia de activos en el Racing, CEP formaliza un contrato artificioso para dar forma a la entrega de esa cantidad de pasivo. Sin valoración ni tasación y sin tramitar expediente alguno, CEP, adquiere el "activo inmaterial" consistente en la marca Racing y los derechos federativos de equipos inferiores, no del equipo principal, con fecha de 21 de marzo de 2006 por un precio de 17.500.000€ (más IVA) y se realiza el ingreso el 24 de marzo y el 30 de junio de 2006,

finalista, según certificado del Consejo del Racing de fecha 21-3-06, destinada al pago de la deuda con Caja Cantabria ejecutada mediante embargos decretados frente a los avalistas de la deuda antes citados (Horcasa, Dimitri Piterman y otros).

De forma simultánea, en escritura de la misma fecha, 21-3-06, CEP cede, arrienda al Racing, el uso de la marca y derechos federativos de equipos inferiores, a cambio de un canon de once anualidades de 2.000.000€, incluyendo una opción de compra por 500.000€.

El Racing no pagó el canon del ejercicio 2010 ni los correspondientes a los ejercicios 2012 y siguientes, pese a lo cual ninguna actuación se ha realizado relativa a la reclamación de la cantidad o a la resolución por incumplimiento, mientras sigue usando el Racing la marca.

Con este acuerdo concertado se libera el pasivo del Racing en la fecha de la adquisición por Dumviro del paquete accionarial mayoritario. Se hace mediante la ficción de la compra de la marca y de los derechos federativos de los equipos inferiores, haciendo figurar en la contabilidad de CEP la existencia de un activo, al que se otorga este valor para evitar que figurase un préstamo y, por tanto, la deuda en la contabilidad de una empresa pública (en CEP) y su repercusión en la Comunidad de Cantabria.

Esta actuación fue rechazada por el Tribunal de Cuentas considerando que no era un inmovilizado material (inmovilizado intangible a partir de 2008) como hacía figurar CEP y así se señaló en los informes de fiscalización de los ejercicios 2008, 2009, 2010 y 2011. Se trataba de una operación de préstamo y por tanto no podía constar como activo. Se acordó la entrega de esta cantidad con el artificio de la compra, escondiendo la realidad, para conseguir que la financiación no afectara al endeudamiento de las

entidades del sector público autonómico, a los efectos de los límites establecidos en los Acuerdos del Consejo de política fiscal y financiera sobre criterios para el cálculo del déficit y del endeudamiento en términos de contabilidad nacional y normativa europea.

La operación realizada, la compra de la marca, además no tenía relación con el objeto social de la empresa pública. En la fecha del contrato de compra de la marca, 21-3-06, el objeto social de CEP era el de coordinación y asesoramiento en materia financiera de las empresas públicas del Gobierno de Cantabria, así se plasmó en el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas del ejercicio 2008-2009.

En definitiva, el acuerdo de liberar a Dumviro del pasivo del Racing del que adquiriría un porcentaje mayoritario, se plasma en el acuerdo de la venta de la marca. Y para obtener los 17.500.000€, ocultándolo de su balance, CEP soportó los costes financieros de la obtención de liquidez, que según consta en los sucesivos informes del Tribunal de Cuentas superaron el 4% interés anual.

Más aún, en el año 2010 y desde el año 2012, el Racing no abonó canon o alquiler, sin que se haya reclamado ni se haya ejercitado resolución del contrato, siendo público el uso del nombre del equipo de fútbol entonces, y hasta la actualidad. CEP ante el impago del canon del año 2010 solicitó un préstamo a ICAF, en fecha 5 de abril de 2010, que ha devuelto el 20 de junio de 2012, abonando por la cantidad prestada y los intereses en cuantía de 2.125.799,02€.

CEP para obtener los 17,5 mill. de euros, acude primero a financiación externa, a un crédito puente, y realiza la entrega de dinero al Racing los días 24 de marzo y 20 de junio de 2006, que tal y como se certificó por el presidente del Consejo de Administración del Racing, se destinó exclusivamente al

pago de unas determinadas deudas, como antes se ha señalado.

Posteriormente CEP suscribe una operación de titulización, Fondo de Titulización de activos, que se formaliza en escritura pública de 20 de julio de 2006. Mediante la titulización se realiza por CEP la venta plena de un derecho de cobro (de los cañones anuales por alquiler de la marca de 2.000.000€ por 11 años) a un Fondo, CEP no responde de la solvencia del deudor, pero si responde de la existencia del derecho de cobro ante el Fondo. Por este concepto CEP recibe del Fondo 17.800.000€ y una vez descontados los gastos de constitución del fondo por 446.141,36€ (que es el resultado de sumar los gastos de emisión en cuantía de 234.560€ y los de la comisión de agente financiero por 211.581,36€) suponen 17.353.858,64€ netos. El Fondo a su vez se financia emitiendo bonos a un interés del 4,15%, de manera que al final de la operación el Fondo hubiera recibido 22.000.000€ que cubre la amortización de la cantidad, los intereses al bonista al 4,15% y los gastos del Fondo durante la vida del mismo.

La operación que realiza CEP para obtener la liquidez necesaria para entregar los 17.500.000€ (más IVA), le costó, además de los 446.141,36€ (por la formalización del fondo antes desglosados), 379.902,12€ (en concepto de coste financiero del préstamo puente), 195.185,58 (por comisión de gestión del fondo), 2.945.814,12 (por coste financiero de los bonos). En total el coste financiero fue de 2.967.043,18€. Pero también le costó los gastos posteriores por la liquidación del Fondo al entrar el Racing en concurso.

La entrada del Racing en concurso el 8 de julio de 2011, que era una causa de liquidación pactada en la escritura de constitución del Fondo, conllevó la liquidación anticipada del Fondo y así se realiza en escritura de 23 de marzo de 2012, pero para liberar las

obligaciones de CEP con el Fondo (que como antes se explicó respondía de la existencia del crédito y por tanto de la existencia de los cañones), ICAF compra los derechos de crédito o de cobro, por lo que tuvo que abonar al Fondo 11.184.884,98€. IACF a su vez para conseguir la liquidez que permitiera liberar la deuda emite bonos por 8.000.000€ y el resto se abona con su propia tesorería.

En consecuencia el acuerdo llevado a cabo por los imputados supuso que por la liquidación del Fondo que ICAF asumiera la compra de los derechos del cobro del canon por más de 11 mill.€ a lo que hay que añadir los costes financieros elevados y superiores al 4% anual con la exclusiva finalidad de ocultar la medida de financiación de la contabilidad del sector público cántabro.

Según el plan económico financiero de la CCAA de Cantabria 2014-2015 Cantabria incumplió el déficit lo que tiene su origen en un ajuste negativo de 12 millones debido a una pérdida, deterioro, proveniente de una operación del ICAF con el Racing.

Como elemento esencial de la compra del 53,42% de las participaciones del Racing por Dumviro, el mismo 29 de diciembre de 2005 se suscribe el denominado "contrato de accionistas del Racing" con vigencia prorrogada, en el que Cantur Y CEP se obligan a ejercer una labor de supervisión y control de las actividades del Club, velando por los intereses colectivos que tiene encomendados y de las obligaciones asumidas por Dumviro. Las funciones de Cantur y CEP excedían de ser informativas, se referían a la supervisión del cumplimiento del plan de negocio, derecho de veto en algunas materias, consentimiento preceptivo en otras materias, articulándose incluso una comisión presidida por el Sr. López Marcano. No se

llevaron a cabo ni se adoptaron medidas ante los desequilibrios.

Los informes emitidos por los administradores concursales y peritos en el Concurso 279/2011 del Racing ponen de manifiesto la existencia de fuertes desequilibrios entre los ingresos ordinarios y los gastos ordinarios, que incluso llegó en la temporada 2008-2009 a más de 17 mill. de euros y la persistencia de presupuestos ordinarios negativos "no comprensible desde un punto de vista estrictamente empresarial". Se contabilizan los traspasos de jugadores en ejercicios distintos a los que se refieren; se hacen constar salvedades en los informes de auditoría (de 24 de octubre de 2008); se califican los "desfases de magnitud desproporcionada" entre ingresos ordinarios y pagos; existe desproporción entre la partida de costes de personal (sin seguridad social) y los ingresos ordinarios. Todos estos datos, tan gruesos y obvios, hacen concluir al perito Sr. Sainz Pérez, la actuación como una huida hacia delante. Basta un vistazo, incluso por un lego, al listado de cuenta corriente del Racing para observar el exceso de gastos, de los gastos de representación, los gastos de visas, algunos meses de cuantía de 20.000€ etc.

Pese a que la compra que realiza Dumviro y que se concreta en el contrato de 29 de diciembre de 2005 fija las condiciones y obligaciones de las partes, se alteran los términos pactados concertándose, como se desprende del Acuerdo suscrito el 4 de agosto de 2006, la liberación de Dumviro de las obligaciones pactadas en concepto de comprador y en concreto, liberando a Dumviro de la asunción de las consecuencias del laudo arbitral dictado en fecha 2 de marzo de 2005, por tanto anterior a la operación de compra y figurando en la relación contenida en el anexo del contrato. De esta manera, CEP, asume el pago de la condena liberando la

obligada a ello, Dumviro, ascendiendo las consecuencias de este concierto el importe de 2.929.248,93€.

CEP, y actuando el consejero delegado Sr. Egusquiza, concedió un préstamo participativo al Racing, documentado en contrato privado de fecha 23 de diciembre de 2004 por importe de 6.750.000€, cantidad que tuvo que obtener mediante financiación bancaria, préstamo al Banco Popular, renovado llegado el vencimiento, un segundo préstamo a Caja Cantabria, y llegado el vencimiento, un tercer préstamo al BBV.

Este préstamo participativo fue cedido a CANTUR, en fecha 20 de enero de 2005, cesión modificada por sucesivas adendas suscritas, para ampliar el plazo de devolución (en fechas 10-1-06); para modificar el precio de la cesión y el plazo del pago del precio, fijándose como precio la cantidad líquida que es el resultado de sumar dos: 6.750.000 y 253.629,37€, se mantiene el interés al 3,35% y el plazo de vencimiento de 5 años desde el 21-3-06, es decir hasta el 21-3-11(en fecha 25-3-06) y para modificar el plazo de vencimiento hasta el 21-7-11 (en fecha 2-2-10).

Cantur procedió a ceder el préstamo participativo a la empresa Dumviro Ventures S.L., en contrato privado suscrito por el Sr. López Marcano y el Sr. Egusquiza en fecha 29-12-05, elevado a escritura pública en fecha 21-3-06, estableciéndose como precio de la cesión: 6.750.000€ (principal) y 254.061,21€ (cantidad que es el resultado del cálculo del intereses a fecha 20-3-06), además se pacta que el préstamo genere intereses a un tipo del 3,35% sobre el saldo pendiente. Dumviro en este contrato asume los gastos y costes en que haya incurrido Cantur por la cesión y se fija un plazo de vencimiento de 5 años, hasta el 21-3-11, pactándose que los 3 primeros devengarían solo intereses y el 4ª y 5ª se pagarían tanto intereses como la mitad de capital.

El cumplimiento de la obligación y pago se garantiza por Dumviro que constituye un derecho real de prenda sobre el 53,42% de las acciones de las que es titular (por compra de la misma fecha).

Esta cesión se modifica en fecha 2-2-10, y Cantur, y en su nombre el Sr. López Marcano, aplaza, sin justificación alguna, el vencimiento del pago de la deuda de Dumviro, desde el 21 de marzo de 2011 hasta el 30 de julio de 2011, así como modifica el precio de la cesión que se fija en la suma 6.750.000€ y la cantidad de 469.000€.

Dumviro no abonó a Cantur el precio de la cesión ni los intereses líquidos, tampoco los intereses que se iban generando y no fueron reclamados judicial ni extrajudicialmente por Cantur.

Dumviro no abonó a Cantur los gastos que hubiera ocasionado la cesión, tampoco le fueron reclamados judicial ni extrajudicialmente.

El importe del saldo deudor de Dumviro respecto de Cantur ascendía a fecha 31 de diciembre de 2010, a 7.964.867 (6.750.000€ de principal y 1.214.867€ de intereses), según el certificado emitido por el Director financiero de Cantur en fecha 18-7-13.

Con ocasión de los compromisos suscritos por Dumviro para la venta del 99,89% de las participaciones del Racing de las que era titular, en un porcentaje del 53,42%, por compra a Sticking Interfoot realizada en contrato privado de fecha 29 de diciembre de 2005, elevada a escritura pública en fecha 21 de marzo de 2006, y el resto, hasta el 99,89%, en virtud de la ampliación de capital, y por compensación con el préstamo participativo por 7.000.000€ del concedido por Dumviro al Racing, suscrito por Don Jacobo Montalvo, en documento privado, de fecha 11 de enero de 2007, y que desembolsó SEIF en ingresos realizados en fechas 5-2-07, 16-3-07 y 28-3-07, los querellados,

Srs. López Marcano, Agudo, Egusquiza y Montalvo convinieron que Cantur condonase parte del crédito del que era titular, que cancelase la prenda que garantizaba el pago del precio de la cesión, que aceptase el cambio de deudor en otra cuantía menor y sin garantías y que liberase a Dumviro de todas las obligaciones contraídas.

Los compromisos anteriores se plasmaron en el contrato o promesa de venta de las participaciones suscrito por Don Jacobo Montalvo Vijande, en fecha 15 de enero de 2011; en los borradores de los documentos que fueron conocidos y supervisados por los Srs. Egusquiza, Agudo, y Marcano y todo ello pese a las indicaciones de los letrados del despacho profesional Gómez Acebo&Pombo, que intervino en la redacción de los documentos que iban a suscribir, pero que no diseñó la operación, no intervino en la definición de las garantías, tampoco en la fijación del importe que se iba a condonar ni en la decisión de liberar a Dumviro de las obligaciones que tenía contraídas.

El acuerdo adoptado por los querellados se plasmó en el Acuerdo de Zurich de fecha 28 de enero de 2011, acuerdo que en nombre de CANTUR suscribe el Sr. Agudo, en la condición de Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria y que además carecía de poder ni facultad expresa para ello. Posteriormente, se plasma en el contrato privado de fecha 29 de enero de 2011, en el que el Sr. López Marcano condona a Dumviro parte del crédito, condona 1.391.386,02€ al reducir el importe de la deuda a 6.573.000€ (7.964.867€-6.573.480,98€), cantidad fijada por el Sr. Agudo y el Sr. Egusquiza; y en el Sr. López Marcano libera a Dumviro de todas las obligaciones pendientes. Esta condonación y la liberación de Dumviro no fueron autorizados por el Consejo de Administración de Cantur

ni por la Junta General Universal y ni siquiera les fue comunicada.

El Sr. López Marcano en escritura pública de 29-1-11, canceló, sin justificación ni autorización, el derecho real de prenda sobre las acciones del Racing, perdió la garantía que ostentaba Cantur sobre el cumplimiento de las obligaciones de Dumviro (según se había acordado en escritura pública de 21-3-06).

Las actuaciones anteriores conllevaron un beneficio para Dumviro que se vio liberado de la totalidad de la deuda de la que era responsable frente a Cantur, dejó de deber 7.964.867€, cantidad de la que se ha visto liberada injustificadamente.

Consecuencia de los contratos antes descritos Cantur percibió las cantidades de 498.000€ y 1.500.00€, esta última por la ejecución de un aval, mientras que el resto del crédito pendiente se registra en sus cuentas como deterioro y mantiene una deuda en su pasivo anotada para con CEP que asciende a 8.029.000€ como quedó concretada en el acuerdo de reconocimiento y asunción de deuda de fecha 5 de diciembre de 2011, habiéndose establecido por el Tribunal de Cuentas la imposible recuperación del mismo. En definitiva, Cantur ha sufrido una pérdida en sus fondos correspondiente a 6.031.000€, diferencia entre la cantidad que debe por esta operación y lo que obtuvo (8.029.000-1.998.000).

QUINTO.- Las diligencias de investigación practicadas revelan, en el momento indiciario en el que nos encontramos, que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos, que reviste especial gravedad y de la que son responsables los imputados, el aforado Sr. López Marcano y los no aforados Srs. Agudo, Egusquiza y Montalvo, y además pudieran ser constitutivos de un

delito continuado de fraude a ente público de los que son responsables los imputados, el aforado Sr. López Marcano y los no aforados Srs. Agudo, Egusquiza, Montalvo y Garayar. A esta conclusión se llega tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

Cantur se constituye con capital íntegro de la Administración Autonómica, siendo su órgano de Gobierno la Junta General de accionistas, constituida por el Consejo de Gobierno de Cantabria. El carácter de caudales públicos es predicable de los fondos de Cantur y por ello predicables de las sumas "condonadas" a Dumviro Ventures S.L. del crédito del que era titular Cantur frente a Dumviro así como la liberación de la prenda que lo garantizaba y la liberación a Dumviro de todas las obligaciones que había contraído, en detrimento de Cantur que era la titular de esos fondos de Cantur.

El Sr. López Marcano ostenta la cualidad de sujeto activo del delito de malversación de caudales públicos en los términos del art. 24 del CP. Actúa como Presidente del Consejo de Administración de Cantur y representante del Socio único, el Gobierno de Cantabria, en su calidad de Consejero de Cultura, Turismo y Deporte. El Sr. López Marcano tiene la posibilidad de disposición, facultades que se desprenden de las actas que obran al doc. 15 de los aportados con la querella e igualmente se transcribe en la escritura obrante al folio 399 y ss. del tomo XV, aunque la jurisprudencia del TS no requiere, siquiera, que le atribuyan las funciones las disposiciones reglamentarias, sino que basta que las funciones sean efectivamente desempeñadas (STS 16-5-2002 y 16-12-2002) como así se desprende de las diligencias practicadas.

El Sr. López Marcano consintió la sustracción de caudales públicos por un tercero Dumviro Ventures S.L.

mediante las actuaciones realizadas, condonación, levantamiento de la prenda y liberación de las obligaciones de Dumviro, que se realizan conociendo el deber de custodia de los efectos públicos y por las que Dumviro Ventures S.L. obtiene una ventaja y ganancia al verse liberado de la deuda, del crédito cuyo titular era una empresa pública.

El Sr. López Marcano minoró el importe del crédito que ostentaba Cantur frente a Dumviro, perdonó una parte de la deuda de la que era acreedora la empresa pública Cantur, crédito que ostentaba la naturaleza de fondos públicos, en concreto la cantidad de 1.391.000€, decidió no reclamarlo y darlo por perdido, decisión que adopta sin autorización previa y sin siquiera ponerlo en conocimiento del Consejo de Administración de Cantur ni de la Junta General. Esto se realiza mediante la firma del contrato de 29 de enero de 2011 en el que en la cláusula tercera se fija como importe de la deuda 6.573.000€ (folio 26 y ss. del tomo XV).

Además liberó a Dumviro de todas sus obligaciones económicas, por tanto liberó a Dumviro de la totalidad de la cantidad que debía a Cantur, sin razón ni justificación alguna, y a tal efecto suscribe el contrato de 29 de enero de 2011 en cuya cláusula segunda 2.2 se especifica que Dumviro queda liberada frente a Cantur (folio 26 y ss. del tomo XV).

El Sr. Marcano canceló las garantías con las que Cantur había contado hasta ese momento como garantía del pago por Dumviro de la deuda (Derecho de Prenda sobre el 53,42% de las acciones del Racing de las que era titular Dumviro). La escritura, obrante al folio 399 y ss. del tomo XV, pone de manifiesto que en garantía de la obligación de pago, de la cantidad de 6.750.000€ y de 254.061,21€, de los intereses que se hayan generado y de los gastos derivados de la firma de la escritura pública de 21 de marzo de 2006, Dumviro

Ventures S.L. otorgó un derecho real de prenda sobre el 53,42% de las acciones del Real Racing Club SAD y que mediante la escritura suscrita por el Sr. López Marcano en fecha 29 de enero de 2011, se deja sin efecto la referida garantía y cancelado el derecho de prenda.

La condonación de parte de la deuda, la liberación de Dumviro de todas las obligaciones que tenía contraídas con Cantur y el levantamiento de la prenda, son conductas tipificadas en el art. 432.1 CP., y da lugar a una pérdida de fondos de Cantur y un beneficio correlativo de Dumviro,

No se altera lo expuesto por el posible cambio de deudora, que lo es por una cantidad sensiblemente inferior (6.573.000€ en lugar de 7.973.480,98€), en una subrogación en la que la obligación de pago ya no queda garantizada con derecho real de prenda sobre las acciones del Racing, y sobre todo, sin que exista justificación alguna por la que proceda exonerar a Dumviro del pago de la deuda que en su día contrajo con Cantur. Frente a ello no cabe oponer la solvencia de quien se subroga en la deuda, no sólo porque se subroga en parte de la deuda, se subroga sin mantener las mismas garantías a favor de Cantur, se subroga una empresa respecto de la que nada sabía, porque exclusivamente dispuso de un informe que emite la intermediadora Credit Suisse, que lo realiza como asesor financiero de Dumviro, quien precisamente se ve liberada de la totalidad de la deuda, que se refiere a otra empresa (se analiza WGA B.S.C. y se firma con WGA Sports Holding, B.V.) y se realiza sobre estados financieros de otro ejercicio (se analiza el ejercicio 2009 y se firma en 2011).

El beneficio que suponía la condonación era conocido hasta el extremo que CEP solicitó su análisis a los exclusivos efectos de considerar si podría ostentar la naturaleza de ayuda de estado incompatible

con el mercado común a que se refiere el art. 107.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, que establece que serán incompatibles las ayudas otorgadas mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, indicándose expresamente en el citado informe "que no se incluye el análisis de los anteriores acuerdos que hayan sido pactados...".Informe aportado por ICAF en fecha 11 de marzo de 2015.

Todos estos hechos, se incardinan en el ámbito doloso de la malversación de caudales públicos omisiva que ha supuesto un perjuicio a Cantur de 6.031.000€ y resulta indiferente el móvil o causa última de la conducta, porque el móvil o finalidad última es ajena al derecho penal, razón por la que no resultan pertinentes la ampliación de diligencias referidas a las relaciones entre la Agencia Tributaria y el Racing, razones que justifican la denegación de las testificales solicitadas por la representación del Sr. Agudo en escrito de fecha 7 de abril de 2015, al que hemos hecho referencia al antecedente de hecho décimo. Tampoco resulta pertinentes ampliar las diligencias a fin de valorar las relaciones y acciones judiciales que se hayan ejercitado frente a quien adquirió de Dumviro el paquete de acciones del que era titular, al tratarse de una relación ajena al ámbito en el que se ocasiona la malversación de caudales públicos, en beneficio de Dumviro Ventures s.L. y que no incide en las circunstancias para las que se deben practicar las diligencias de conformidad con lo establecido en el art. 777 de la L.E.Crim, de igual manera que la declaración del administrador judicial cuya intervención es posterior a la realización de la conducta tipificada en el art. 432 del CP.

En la realización de la conducta descrita también intervienen no aforados. Interviene Don Ángel Agudo San

Emeterio, quien mediante la firma del acuerdo de Zurich de 28 de enero de 2011, en el que actúa en virtud del nombramiento que ostentaba de Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria, socio único de Cantur, obliga a asumir los compromisos de condonar parte de la deuda y de liberar a Dumviro de cualquier obligación (el acuerdo obra al folio 249 y ss. del Tomo XV), que se materializa en el levantamiento de la prenda, la liberación de Dumviro de la totalidad de las obligaciones y la asunción de parte de la deuda por un tercero, degradada la garantía, y en cuantía inferior, es decir condonando parte de la deuda y estas decisiones, como consta en los informes del Tribunal de Cuentas, remitido por la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, tomando las palabras del laudo arbitral de fecha 4 de septiembre de 2013, refiriéndose a la cancelación de la prenda, no era necesario para la celebración del negocio de compraventa de las acciones del club, que se limita a las relaciones entre Dumviro y la empresa compradora ajenas, y cuya resolución determinó que Dumviro, por sentencia de 6 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 54 de Madrid, recobrase la propiedad de las acciones del Racing libre de cargas.

Asimismo interviene el Sr. Egusquiza quien diseña la estrategia con el Sr. Agudo, fija con el Sr. Agudo la cantidad que se condona y el resto de las condiciones, tal y como ha declarado el Sr. Agudo y ha confirmado el Sr. Egusquiza en su declaración. Ambos, el Sr. Agudo y el Sr. Egusquiza, ostentan la cualidad de funcionarios regulado en el art. 24 del CP el primero como Consejero de Economía y presidente de CEP y de ICAF y el segundo como director gerente en ese momento de ICAF y previamente de CEP y cumple el resto de los requisitos del art. 432 del CP.

En la realización de la conducta interviene Don Jacobo Montalvo, ajeno a la función pública pero que participa en la ejecución, de acuerdo con los restantes que tienen la condición de funcionarios y autoridad, y que es quien finalmente se beneficia de la cantidad sustraída, de los caudales públicos perdidos por Cantur, y que interviene como cooperador necesario, y aunque no sea concebible una malversación de la que participa un tercero sin concierto para ello, pues la participación como cooperador necesario en un delito de funcionario público, aquí la malversación, tiene como presupuesto el concierto de voluntades inherente a toda situación de participación conjunta en el hecho, el delito de malversación comprende íntegramente el desvalor de la conducta del fraude tipificado en el art. 436.

Además la cantidad objeto de la malversación determina que sea aplicable el subtipo agravado previsto en el art. 432.2 del CP.

De los caudales públicos sustraídos son responsable solidarios todos los Sr. López Marcano, Agudo, Egusquiza y Montalvo, siendo la cantidad de la que deben responder el perjuicio de Cantur que se cuantifica en la cantidad que debe a CEP, por importe de 8.029.000€. De esta cantidad procede descontar las cantidades que percibió Cantur por importe de 1.998.000€, ascendiendo por tanto 7.031.000€.

Resulta responsable civil subsidiaria Dumviro Ventures S.L. toda vez que Don Jacobo Montalvo actuó como administrador de la sociedad a cuyo favor se realizaron los actos consistentes en liberación total de las obligaciones y deudas que mantenía con Cantur y levantamiento de prenda de las acciones del Racing (de las que volvió a ser propietario por sentencia). En definitiva, quien ejecutó los actos tiene relación con dicha sociedad y es la beneficiaria directa de la

actuación del Sr. Montalvo, por lo que resulta responsable civil subsidiario por aplicación del art. 120-4 del CP.

La concurrencia de los elementos de la malversación de caudales hace innecesaria el análisis de la aplicación del art. 295 del CP, sobre los mismos hechos, que se pretende de haber considerado que el sujeto activo no es funcionario público en el concepto que comprende el art. 24 del CP.

De igual manera constituye malversación de caudales públicos que se haya condonado a Dumviro el importe en concepto de gastos de la compra venta suscrita en fecha 29-12-05 y de los que, era responsable la compradora por importe de 250.000€. Esta cantidad cuya no reclamación fue concertada por los imputados Srs. López Marcano, Agudo, Egusquiza y Montalvo, reúne todos los elementos exigidos en el art. 432 del CP, al ser los fondos de CEP caudales públicos, al tener los sujetos la consideración de funcionarios y autoridad en los términos expresados anteriormente, así como la disponibilidad del los fondos de CEP y al consentir la pérdida de estos fondos obtiene Dumviro una ventaja y ganancia que se concreta en la cantidad que debía, 250.000€. Los querellados decidieron no reclamarla y perderla, decisión concertada con el Sr. Montalvo que interviene en el concepto de cooperador necesario. De esta cantidad, como caudales públicos sustraídos son responsables solidarios los Srs. López Marcano, Agudo, Egusquiza y Montalvo y resulta responsable civil subsidiaria Dumviro Ventures S.L. beneficiada por la ventaja que obtiene.

Además las diligencias practicadas revelan, en el momento indiciario en el que nos encontramos, que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito continuado de fraude a ente público previsto y penado

en el art. 436 del Código Penal y en el que han intervenido, el aforado Sr. López Marcano y los no aforados, Srs. Agudo, Egusquiza, Montalvo y Garayar. A esta conclusión se llega tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

CEP se constituye con capital íntegro de la Administración autonómica y por tanto reúne el carácter de ente público. Los imputados Srs. López Marcano, Agudo y Egusquiza en las cualidades en las que intervienen ostentan la cualidad de funcionario y autoridad a los efectos del art. 24 del CP, en la condición en la que participan, el primero como Presidente del Consejo de Administración de Cantur y Consejero de Deportes y Cultura del Gobierno de Cantabria; el segundo como Presidente de CEP y Consejero de Economía del Gobierno de Cantabria, el Sr. Egusquiza en su condición de Director Gerente de CEP. En los hechos intervienen el Sr. Garayar y el Sr. Montalvo ajenos a la función pública, pero que participan como cooperadores necesarios de la conducta realizada. Los antes referidos se concertaron para defraudar a un ente público, a CEP, defraudación que consistió en el acuerdo de liberar el pasivo del Racing de las deudas bancarias que se encontraban en fase de ejecución y que dio lugar al pago, una vez adquirido el paquete accionarial mayoritario (53,42%) del Racing por Dumviro, de 17.500.000€ destinado exclusivamente al pago de la deuda bancaria en ejecución frente a los bienes de los avalistas de esos préstamos bancarios.

La concertación para liberar a Dumviro se refiere asimismo a la no reclamación a Dumviro durante todo el tiempo transcurrido entre la firma de los documentos en 2005, y se prolonga durante todo el tiempo que es titular, y a tal efecto se acuerda no reclamar los gastos ocasionados por la operación de compra en 29-12-05, como no se reclamaron los intereses que fueron

aplazados y aplazados. Tampoco se reclamó a Dumviro los gastos del contrato de cesión del préstamo participativo del que, como se ha relatado anteriormente, estaba obligada.

La concertación para liberar a Dumviro del pasivo y obligaciones como socio mayoritario, se realiza también, ante el impago del canon o alquiler de la marca correspondientes al ejercicio 2010 CEP asume esa cantidad, mediante la solicitud de un préstamo a ICAF, que ha desembolsado en junio de 2012, mediante el pago a ICAF de la cantidad principal, intereses y gastos.

La concertación en fraude de Ente público se plasma igualmente en la liberación que supone la asunción por CEP del pago de las consecuencias del laudo arbitral, mediante acuerdo de 4 de agosto de 2006, compareciendo los mismos intervinientes que acordaron asumir las consecuencias del laudo, que eran ajenas al ente público al que supuso un desembolso de 2.929.248,93€. Se refiere esta nueva liberación a la condena impuesta en el laudo arbitral de fecha 2 de marzo de 2005, por tanto previo a la adquisición realizada en fecha 29 de diciembre de 2005, sin que tenga responsabilidad alguna CEP en el citado laudo que asume de forma voluntaria, en un paso más de ese concierto tendente a liberar a Dumviro del pasivo, a quien correspondía, de los términos del contrato suscrito en fecha 29-12-05 el pago de esta condena, es decir el comparador Dumviro, asume en el contrato esta específica obligación, pese a lo cual, se libera en fraude de CEP.

SEXTO.- Por último las operaciones realizadas a fin de obtener los 17.500.000€ necesarios para plasmar el acuerdo suscrito entre los imputados y Dumviro, es decir, liberar el pasivo del Racing a la firma de la compra por Dumviro, ocasionó a CEP una serie de gastos

que sólo financieros y según el desglose que se ha expuesto alcanzan el importe de 2.967.043,18€.

Como se estableció la clausula de liquidación anticipada, CEP asumía el pago de la totalidad del canon, en su lugar ICAF destinó de sus fondos públicos la cantidad de 11.184.884,98€.

Además como suplió el pago correspondiente al canon del ejercicio 2010, junto con los intereses pagados, 2.125.799,02€.

A los gastos anteriores se pueden unir los que para ocultar en la contabilidad la titularidad del 61,42%, empleó en la operación de venta en marzo de 2005, por gastos de gestión de servicios de esa operación (9.674,50€, 950€, 5.359,36€). Los gastos tendentes a articular el acuerdo de la compra de la marca para que no figurara el préstamo en el balance de CEP...

Todos estos gastos, son manifestaciones del empleo de caudales públicos de manera desordenada y sin el beneficio mínimo esperado que todo ciudadano demanda. Se trata de un gasto excesivo y superfluo, que no reporta un mínimo de servicio público y que carece de justificación para el bien común. Pero no se halla actualmente tipificada en el vigente Código Penal, carece de relevancia criminal aún admitiendo que pueda ser contrario a la ética y que incluso afecta a la buena gestión de los fondos públicos. La falta de tipificación penal de los costes financieros para lograr la obtención de la liquidez de 17.500.000€, mediante la operación de titulización y la liquidación posterior, justifican que no proceda la práctica de las diligencias solicitadas por Don Emiliano Garayar en su escrito de fecha 29 de abril pasado al que se hace referencia en el antecedente de hecho noveno de esta resolución.



De conformidad con los artículos 1, 2, 24,25 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, procede incoar procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado y convocar a los imputados, al Ministerio Fiscal y partes personadas a una comparecencia a fin de concretar la imputación.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda remitir copia de los autos al Juzgado de Instrucción por ser el órgano competente para pronunciarse sobre la recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya en las que han intervenido D. Angel Agudo San Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado, D. Emiliano Garayar Gutierrez y D. Jacobo Montalvo Vijande.

Se acuerda remitir copia de los autos al Juzgado de Instrucción por ser el órgano competente para pronunciarse sobre las adjudicaciones de contratos sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia, a Garayar Asociados, S.L. en las que han intervenido intervenido D. Angel Agudo San Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado y D.Emiliano Garayar Gutierrez.

Se acuerda remitir copia de los autos a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, por ser el órgano competente para pronunciarse sobre la aplicación de las subvenciones a fines distintos a los objetivos de la subvención y el reconocimiento y pago de sucesivos ejercicios, hecho en el que ha intervenido el Sr. Francisco Javier López Marcano.



Se acuerda incoar procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado y convocar a los imputados, al Ministerio Fiscal y partes personadas a una comparecencia a fin de concretar la imputación.

Notifíquese esta Resolución al Ministerio Fiscal, a la Acusación particular y a todos los imputados, haciéndoles saber que frente a la misma, cabe interponer Recurso de Reforma, ante el Instructor, dentro de los tres días siguientes a la notificación o, directamente, recurso de apelación, para ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente Auto.

Así por este Auto lo acuerdo, mando y firmo, la Ilma. Sra. Magistrada Instructora.