

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035

Teléfono: 914934580,914933800

Fax: 914934579

JUS_SECCION7@madrid.org

37051530

N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0087221

Procedimiento Abreviado 1258/2020

Delito: Malversación

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 1175/2017

SENTENCIA Nº 274/2022

Ilmas./o. Sras./Sr. Magistradas/o de la Sección Séptima

D^a. ÁNGELA ACEVEDO FRÍAS (Presidenta)

D^a. CARIDAD HERNÁNDEZ GARCIA (Ponente)

D. JACOBO VIGIL LEVI

En Madrid, a seis de mayo de dos mil veintidós.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado nº 1175/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, seguido por delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, contra:

-la acusada **CELIA MAYER DUQUE** nacida el día seis de octubre de 1981 en Madrid, hija de Juan Antonio y de María Teresa, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representada el Procurador D. JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-FRESNEDA GAMBRA, y asistida del Letrado D.

Juan Moreno Redondo, actuando en sustitución de Letrado D. GONZALO BOYE TUSET

-la acusada **ANA VARELA MATEOS** nacida el día cinco de diciembre de 1973 en Madrid, hija de Luis y de Sofía Bernarda, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representada por el Procurador D. LUIS PIDAL ALLENDE SALAZAR, y asistida del Letrado D. JAIME SANTIAGO ORTIZ PEÑALVER

-y el acusado **CARLOS SÁNCHEZ MATO** nacido el día 11 de febrero de 1970, en Madrid, hijo de Valeriano y de Pilar, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora D JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA, y asistido de la Letrada Dña. MARÍA ISABEL ELBAL SÁNCHEZ

Han intervenido: como acusación pública, el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D Antonio Gil García, y las/el acusadas/o reseñadas/o defendidas/o por las asistencias letradas antes mencionadas; y como acusación particular GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID, asistido por la Letrada Dña. MARIA DEL CARMEN TORAN DELGADO y representado por el Procurador FRANCISCO MIGUEL REDONDO ORTIZ siendo Ponente de la presente resolución la Magistrada D^a. Caridad Hernández García, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal formuló conclusiones definitivas absolutorias al entender que los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento no eran constitutivos de delito, solicitando en consecuencia la libre absolución de los acusados.

Por el Procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz, en nombre y representación del Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, y de un delito de malversación del artículo 432.1 y 3 b) del citado Código Penal; se interesa la condena en concepto de autores de las/el acusadas/o en concepto de autoras/r, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando la pena por el primer delito de doce años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y por el segundo delito la pena de cinco años de prisión y doce años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, debiendo responder conjunta y solidariamente del pago de la cantidad malversada de 56.900 euros a favor de Madrid Destino, con imposición de las costas, incluidas las de esta acusación; las anteriores conclusiones provisionales fueron elevadas a definitivas en el plenario.

SEGUNDO.- Por los letrados/a de las acusadas/o, se solicitó la libre absolución de dichas/o acusadas/o, y en trámite de conclusiones definitivas, se interesó la imposición de las costas del juicio a la acusación del Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, por su manifiesta temeridad y mala fe.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Ha resultado probado y así se declara que la acusada Ana Varela Mateos, con las circunstancias personales precedentemente expuestas, en su condición de Coordinadora General de Cultura, Deportes y Turismo del Ayuntamiento de Madrid, y más tarde Consejera Delegada de la sociedad mercantil municipal Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., en el ejercicio de sus funciones le surgieron fundadas y razonables dudas sobre la

regularidad y legalidad de los compromisos y obligaciones asumidas por dicha sociedad municipal derivadas de previos convenios y acuerdos suscritos en orden a la organización y celebración del torneo de tenis Mutua Madrid Open.

SEGUNDO.- Dicha acusada con el fin de tomar decisiones que en el ámbito de su responsabilidad le incumbían, y como quiera que de forma inminente había que afrontar importantes desembolsos económicos a resultas de la celebración de dicha competición deportiva, tras haber mantenido conversaciones y reuniones con personal experto y responsable a nivel interno municipal, y después de haber solicitado a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, aclaraciones sobre una serie de cuestiones que le habían suscitado seria y razonable incertidumbre sobre el devenir jurídico y económico de los pactos suscritos desde hacía años entre el Ayuntamiento de Madrid, Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., y la entidad privada Madrid Trophy Promotion, S.L., a la vista de la contestación recibida de la Asesoría Jurídica del Consistorio, decidió solicitar informe jurídico a Nazaret 6 Abogados, que en fecha 12 de septiembre de 2016 lo emitió.

TERCERO.- En el informe emitido por Nazaret 6 Abogados, en fecha 12 de septiembre de 2016, se concluye entre otros aspectos, que en el convenio vigente, más que causa jurídica del contrato, existiría un objetivo o mera declaración de intenciones sin constituir propiamente la causa del contrato, y que en el acuerdo de cesión de derechos suscrito se asume un gasto sin ninguna contraprestación que lo justifique, no existiendo por tanto equivalencia de las prestaciones, que no existe seguimiento ni procedimientos de control sobre el grado de cumplimiento de los objetivos fijados, existencia de serias dudas y riesgo jurídico sobre el alcance y contenido del contrato que vincula a Madrid Trophy Promotion, S.L. con ATP/WTA, y que dicha sociedad limitada ha sido constituida ad hoc para la gestión del torneo, sin ninguna otra actividad relevante con un socio único que parece un mero instrumento fiscal, recomendando no iniciar ninguna medida sin conocer el alcance y contenido de los contratos que vinculan a esta sociedad con las asociaciones profesionales ATP/WTA,

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

requiriendo la aportación de contratos suscritos entre estas partes, dejando patente que las relaciones jurídicas diamantes del convenio y del acuerdo son complejas y artificiosas y sin embargo duplican el objeto del contrato y duplican los costes del mismo.

CUARTO.- Por su parte, el acusado Carlos Sánchez Mato, cuyas circunstancias personales constan en los antecedentes de esta resolución, en su condición de Concejal del Ayuntamiento de Madrid, Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, y Vicepresidente primero de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., teniendo conocimiento, dadas sus responsabilidades y competencias, de que se estaban analizando las obligaciones contractuales asumidas y sus consecuencias económicas a resultas de la organización y celebración del torneo de tenis Mutua Madrid Open, y que existían algunas cuestiones controvertidas y discutibles, en los meses de noviembre y diciembre de 2016, interesó de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, primero como Presidente en funciones de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. y luego también como Delegado de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, informes sobre, entre otras cosas, una posible inexistencia de causa del convenio suscrito en 2011, la evolución ascendente en el precio pactado a lo largo de los años, la cesión de los derechos de sede y si el propio convenio de patrocinio no incluiría esos derechos de sede, y si pudiera existir enriquecimiento injusto a favor de una sociedad particular con empobrecimiento de las arcas públicas determinando si existe causa que sustente esta situación patrimonial, informes que fueron contestados por dicho Departamento Jurídico.

QUINTO.- Teniendo en cuenta las conclusiones del informe jurídico de Nazaret 6 Abogados, y dado que se formulaban una serie de recomendaciones, la acusada Ana Varela, en el ámbito de sus competencias, y como quiera que la asesoría legal de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. carecía de medios especializados dada la dimensión y complejidad de las cuestiones suscitadas, tras distintas consultas para identificar a expertos en la materia, dicha

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

acusada tomó la decisión de encomendar informes jurídicos que abordaran un estudio de las posibles irregularidades de los convenios y acuerdos firmados y sus derivaciones económicas, y para ello procedió a consultar a la directora del área legal de dicha sociedad municipal el mecanismo adecuado para poder externalizar el asesoramiento jurídico necesario que le pudiera permitir con la mayor solvencia y seguridad posible, tomar las correspondientes decisiones en orden a la gestión de Madrid Destino.

SEXTO.- Tras los primeros contactos con los profesionales identificados, y negociando el presupuesto de honorarios provisionalmente presentado, la Directora de Área legal de Madrid Destino, en fecha 15 de febrero de 2017 emitió memoria justificativa del gasto correspondiente al asesoramiento jurídico de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., que suficiente y motivadamente detalla los antecedentes y justificación de la necesidad del gasto, el objeto y precio del encargo de servicios profesionales, la urgencia del dictamen jurídico y sus razones, los motivos justificativos de la elección de estos profesionales, ponderando los principios de publicidad y concurrencia y la necesidad, en este caso, de mantener la reserva en defensa y protección de los interés públicos, cuantificando finalmente el gasto en 50.000 euros más Iva, servicios que se solicitan que son los estrictamente necesarios para el asesoramiento y defensa de los interés públicos de Madrid Destino, explicando que el Área Legal de Madrid Destino cuenta con profesionales muy cualificados pero ninguno especializado en el ámbito penal ni en derecho económico unido a la sobrecarga de trabajo del departamento que hacen imposible y con al premura de tiempo que puedan abordar este trabajo.

SÉPTIMO.- Posteriormente, la acusada Ana Varela, con conocimiento del acusado Carlos Sánchez Mato, atendiendo a razones de necesidad y perentoriedad por la importancia de los compromisos asumidos, y algunos pendientes de afrontar por parte de Madrid Destino, y con la única finalidad de proteger los intereses públicos, suscribió hoja de encargo de servicios profesionales de fecha 20 de febrero de 2017, a Lex Iusta Advocatus, S.C.P. y a Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

Alemany, Escalona & De Fuentes, Abogados, en la que se describe el servicio encomendado consistente en dictamen jurídico penal y para el caso de que de dicho análisis se concluyera la existencia de indicios suficientes de la comisión de cualquier ilícito penal, interposición de denuncia ante la Fiscalía o querrela criminal ante el órgano judicial competente, haciendo constar que para emitir este dictamen jurídico penal es necesario depurar todas las circunstancias fácticas y jurídicas desde las perspectivas del Derecho Público y Derecho Privado que concurren en la relación jurídico contractual entre la mercantil y la entidad o entidades que organizan y promocionan el torneo de tenis Mutua Madrid Open, y que el posible ejercicio de acciones derivadas de éste últimos análisis, si así, se decide, será objeto, en su caso, de otro encargo profesional mediante Anexo.

Dicha hoja de encargo de servicios profesionales también contempla el plazo de un mes para la ejecución de los trabajos profesionales encomendados identificando a los profesionales que principal y prioritariamente atenderán el asunto encomendado; se pactan los honorarios profesionales por un total de 50.000 euros sin incluir IVA, presupuestándose el resto de actuaciones en Anexo aparte en función de las concretas circunstancias jurídicas tras el análisis de dichos dictámenes.

Los informes solicitados fueron emitidos en el mes de marzo de 2017, por los que se pagaron 24.000 euros y 26.000 euros, sin incluir el IVA correspondiente.

OCTAVO.- En los informes jurídicos emitidos por profesionales de Lex Iusta Advocatus, S.C.P. y a Alemany, Escalona & De Fuentes, Abogados, se concluía, entre otras cuestiones, que las importantísimas variaciones experimentadas por el importe de los desembolsos realizados desde el año 2011 y los previstos hasta el año 2021, permiten afirmar la existencia de indicios de una posible actuación delictiva, incremento del precio carente de objetivación/justificación/motivación aparente, la ausencia de transparencia en las relaciones entre MTP y el sector público municipal, irregular tramitación del

procedimiento de contratación, duplicación de negocios jurídicos y diversificación de objetos desde el año 2009, la diferenciación entre el derecho de patrocinio y el derecho de sede es artificioso, inexistencia de cuantificación de la cesión del uso de instalaciones y estructuras, de espacios publicitarios y de oficinas, inexistencia de control sobre el destino dado a los derechos de acceso privilegiado, inexistencia de control sobre el retorno económico para el sector público municipal, inexistencia de relación sinalagmática o equilibrio de prestaciones, precariedad de los derechos de MTP y la inestabilidad de la posición jurídica del sector público municipal

NOVENO.- Teniendo en cuenta el contenidos de los dos anteriores informes jurídicos, los acusados Ana Varela, Carlos Sánchez Mato, y la acusada Celia Mayer Duque, cuyas circunstancias personales constan en los antecedentes de esta resolución, Concejala del Ayuntamiento de Madrid y Delegada del Área de Gobierno de Cultura y Deporte del mismo, y Presidenta de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., quien había permanecido desde el mes de octubre de 2016 al mes de febrero de 2017 en situación del licencia por motivos privados, en el ejercicio de sus competencias y de sus responsabilidades, decidieron finalmente interponer denuncia de fecha 23 de marzo de 2017 ante la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

DÉCIMO.- No se ha probado que las acusadas/el acusado, en el ejercicio de sus competencias y responsabilidades, tuvieran otra intención que proteger y salvaguardar los interés públicos y las arcas municipales.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones previas

Por las defensas de las/el acusadas/acusado, al inicio del juicio se

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

plantearon las siguientes cuestiones previas.

1: Aplicación al supuesto enjuiciado de la denominada doctrina Botín contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007; a estos efectos se explicó que el Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid no es acusación particular, que el perjudicado sería el Ayuntamiento de Madrid, y que por tanto lo que procede es excluir a esta acusación y archivar el procedimiento con sobreseimiento de las actuaciones tal y como ha solicitado el Ministerio Fiscal, y en todo caso que, se excluya la reclamación de responsabilidad civil formulada; se insiste en que se ignora el carácter de la acusación formulada, y por ello carece de legitimación para ejercitar la acción penal, dado que en otro caso se estaría legitimando a todos los grupos municipales a personarse en causas criminales, y se recuerda que la querellante no ha identificado el carácter de acusación que ejercita y que esta cuestión no ha sido resuelta generando indefensión con vulneración del derecho de defensa.

2: También se planteó la vulneración del principio acusatorio causante de indefensión material a la vista del contenido del escrito de acusación formulado dado que el Tribunal no podría pronunciarse tal y como está redactado dicho escrito, lo que impide la celebración del juicio oral; se interesa la nulidad.

En concreto se considera que el escrito de acusación es contradictorio dado que no cuestiona la legalidad jurídica ni la calificación jurídica de los dos informes jurídicos o dictámenes emitidos por sendos despachos profesionales, de manera que se estaría afirmando la legalidad y por tanto, sería causante de indefensión; y además porque en la redacción de dicho escrito acusatorio, folio 8, se contienen afirmaciones oscuras y carentes de sentido que no están admitidas por el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que este escrito no concreta ni explica en qué consiste esa instrumentación legal, que se introduce un hecho nuevo no incorporado en la querrela ni sobre el que hayan sido interrogados ni tampoco se contiene en el auto de acomodación de la tramitación de las diligencias previas a las normas del procedimiento abreviado, añadiendo

también el carácter difuso y confuso de dicho escrito en su redacción al utilizar un pronombre impersonal, se, eludiendo identificar al sujeto que realiza la acción incumpliendo la exigencia mínima que exige el orden jurídico, y que sobre la acusada Sra. Mayer dicho escrito no imputa nada determinado.

Se añade que además este escrito acusatorio, folio 9, se refiere que la acusada Ana Varela personificando la voluntad de todos los acusados, suscribe una hoja de encargo profesional, pero que sin embargo el auto de procedimiento abreviado nada dice de la existencia de un pacto previo entre los acusados, y que por tanto también se trataría de un hecho nuevo, sin que el auto aludido hiciera referencia a la existencia de un acto previo, resolución que no fue recurrida.

Se pide que no se celebre el juicio, que se anule y se archive como pide el Ministerio Fiscal o que se retrotraigan las actuaciones.

Tras dar traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación presente de estas cuestiones previas, este Tribunal de manera oral y resumida, dio respuesta a estas cuestiones previas, recordando que en el ámbito del procedimiento abreviado las cuestiones planteadas no son de previo pronunciamiento sino susceptibles de resolución en sentencia.

Con respecto a la personación como acusación por parte del Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, que esta circunstancia se planteó en el Juzgado de Instrucción y la Audiencia Provincial de Madrid resolvió oportunamente, y que sería objeto también de precisión en esta sentencia, y en cuanto a las imprecisiones y objeciones atribuidas al escrito acusatorio, se resolverá también en sentencia la existencia o no de indefensión, y que tras la valoración de la prueba se fijarán los hechos probados que correspondan.

Además de las argumentaciones resumidas ofrecidas oralmente al inicio del juicio, sobre la primera cuestión debe recordarse que hay que partir de lo que prevé el art. 786.2 de la LECr que es que “El Juicio oral comenzará con la lectura

de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia”.

Del contenido de dicho precepto se desprende evidentemente que no está previsto en el procedimiento abreviado un trámite de cuestiones de previo pronunciamiento, con el dictado de un auto para la resolución de las mismas y el correspondiente recurso como sucede en el procedimiento sumario ordinario, sino el planteamiento al inicio del acto del juicio de las cuestiones previas, cuya resolución se prevé que el Juez o Tribunal realice, hay que entender que oralmente en el acto del plenario, fundamentándolo luego en sentencia, puesto que contra la decisión no cabe recurso alguno sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión se reproduzca en el que se interponga contra la sentencia.

Así lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sala Segunda del TS en diversas resoluciones, como la STS 173/2008, de 22 de abril o la STS 511/2011, de 16 de mayo incluso en relación con cuestiones que pueden poner fin al procedimiento como la prescripción del delito, de forma que, partiendo del diverso tratamiento dado por la LECrim. a la tramitación de las cuestiones previas en el procedimiento ordinario y en el abreviado, considera que el momento y la forma en la que se deben resolver las cuestiones previas en éste último procedimiento es en la sentencia dictada tras la celebración del juicio oral y no por auto previo.

En la referida STS 511/2011 se expone que “Ciertamente el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite tratar en la sesión de comienzo del juicio oral las mismas materias que constituyen el objeto de los artículos de previo pronunciamiento en el denominado procedimiento ordinario (artículo 666 y siguientes de la misma ley).

Ahora bien, en el abreviado, la tramitación se limita a un turno de intervenciones, tras las cuales el Juez o Tribunal, resuelve en el mismo acto y con exclusión de cualquier recurso interlocutorio. En el ordinario, además de una tramitación diversa, con admisión de prueba documental, la decisión admite recursos devolutivos interlocutorios. En el caso de alegarse prescripción, cabe un recurso devolutivo contra la decisión que la proclama y que, además, ha de ser precisamente la de sobreseimiento libre y no sentencia. No obstante lo cual es doctrina jurisprudencial reiterada que la adopción de tal decisión no es ineludible con tal adelanto y que es aconsejable la remisión a la sentencia, tras la plena celebración del juicio oral, cuando el Tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes para establecer los datos de hecho de los que aquella decisión depende.

Tales diferencias de tratamiento de la misma cuestión, según el procedimiento en que se suscita, no pueden dejar de afectar a la cuestión que aquí se nos propone.

La primera es que el legislador parece presuponer que el procedimiento solo cabe que concluya por sentencia y no por auto de sobreseimiento. Porque es en el recurso contra ésta en el que cabe reiterar la pretensión ante el órgano ad quem tal como autoriza, pero también impone, el inciso final del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes citado. La conclusión mediante sentencia, por otra parte, al menos en principio, presupone la celebración del juicio oral y, por ello, de la prueba. Siquiera no exija que en la misma, de estimarse que concurre el presupuesto de la prescripción se eluda entrar a decidir las demás cuestiones que la declaración de extinción de responsabilidad hace

innecesario examinar (Sentencia del TS de 22 de octubre de 1994)”.

Solventada la anterior cuestión, digamos, formal o procedimental, y con respecto al fondo de las cuestiones planteadas, este Tribunal considera que no procede aplicar la denominada doctrina Botín, dado que ha de estarse a los supuestos diferenciados de dicha doctrina con la también llamada doctrina Atutxa plasmada en la STS de 8 de abril de 2008, posteriormente seguida en STSs de 20.1.2010 y 29.1.2015, doctrina esta segunda que terminó siendo validada por el Tribunal Constitucional en diciembre sentencia 205/2013; también cabe citar STS más reciente de fecha 11.3.2020, en la que se explican los supuestos diferenciados de los casos Botín y Atutxa, y en síntesis, se sostiene que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular, pero este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, en tales casos, el Ministerio Fiscal cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. En consecuencia, es perfectamente entendible que “...tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual...el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público”.

Desde esta perspectiva, se considera que no procede el solicitado archivo de las actuaciones.

En cuanto a la legitimación del Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, y la condición que ostentaría en esta causa, si acusación particular o acusación popular, en primer lugar hay que precisar lo

siguiente.

En el escrito de querrela interpuesto se dice que es querellante el Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid representada en este acto por D. José Luis Martínez Almeida Navasques, y en el suplico de dicha querrela se interesa ser tenida por parte en la representación con que comparece en concepto de acusación particular; a dicha querrela se acompaña el poder que consta a los folios 69 y siguientes al que se adjunta acta 1 de la reunión del Grupo Municipal del Partido Popular del Ayuntamiento de Madrid, celebrada en Madrid el día 15 de junio de 2015; tras cotejar la copia de poder aportada con el original y subsanar defecto advertido, por auto de 7 de junio de 2017 se admitió a trámite la querrela presentada teniendo por parte al Grupo Popular del Ayuntamiento de Madrid representado por el Procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz.

Mediante escrito recibido el día 6 de julio de 2017 el Procurador D. Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de D^a. Celia Mayer y D. Carlos Sánchez Mato, se interesan una serie de diligencias de instrucción a cuyo fin de solicita se practique requerimiento a la parte querellante, a los fines expuestos en ese escrito (acreditación de personalidad jurídica, capacidad de obrar, poder especial para querrelas, y se defina en qué calidad se ha querellado) y se requiera al Notario de Madrid en relación al poder general para pleitos de fecha 26.4.2016; dicho escrito fue resuelto por providencia de 13 de julio de 2017 acordando unirlo a los autos y estar a lo resuelto en auto de 7.6.2017; frente a la anterior resolución se interpuso recurso directo de apelación y previa la tramitación correspondiente por la Sección 16 de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, se dictó auto de fecha 10 de noviembre de 2017, en el que, en esencia, se dice que el auto que admitió a trámite la querrela de 7.6.2017 no fue objeto de recurso alguno y que éste se dictó tras valorar la instructora la concurrencia de los requisitos formales y presupuestos procesales exigidos por la ley y que desde este instante la parte querellante y la querellada adquieren la condición de parte, razón por la que la providencia objeto de recurso se remite a dicho auto de admisión, y se dice que, es palmaria la impertinencia de dicho

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

requerimiento, remitiéndose al artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo que es ajustado a derecho procesal que los integrantes de un grupo político decidan ejercitar las acciones que estimen convenientes con la referencia al grupo político que representan, y señalando que la existencia de esta causa es independiente de la presencia en la misma del Grupo Municipal querellante al tener por objeto la instrucción de presuntos delitos de carácter público perseguibles de oficio.

Pues bien, así las cosas, y atendiendo al recorrido procesal expuesto, y la respuesta ofrecida por la Audiencia Provincial de Madrid, y llegados a este punto y celebrado el juicio oral, si bien la única acusación que ha mantenido petición de condena en esta causa ha sido la sostenida por el Grupo Municipal Popular, ya que el Ministerio Fiscal ha solicitado la libre absolución de las acusadas/el acusado, este Tribunal considera que, en puridad la misma debería ser conceptuada como acusación popular dada la naturaleza y el bien jurídico protegido por los delitos objeto de acusación, prevaricación y malversación de caudales públicos, aunque lo cierto es que esta delimitación, atendiendo al resultado del juicio que se refleja en esta sentencia, ya carece de virtualidad alguna, pero en todo caso, lo que no podríamos, en modo alguno, es negarles su legitimación como acusación popular, ante la posibilidad de su ejercicio por cualquier ciudadano/a no ofendido/ ni perjudicado/a directamente por el hecho delictivo, amparado/a por el derecho a la tutela judicial efectiva en su actuación como parte acusadora.

La cuestionada legitimación de los grupos municipales, es admitida, entre otras, en reciente **Sentencia núm. 257/2022**, de 17 de marzo, en la que se indica:

“... 2. Ciertamente la posibilidad de que los partidos políticos ejerzan la acusación popular es vista con disfavor por doctrina y tribunales. Así la STS núm.459/2019, de 14 de octubre, dictada en la causa especial 20907/2017:

En nuestro auto de 6 de noviembre de 2018, ya abordamos la cuestión que

ahora se suscita. Decíamos entonces que los arts. 125 de la CE y 101 y concordantes de la LECrim. han de ser interpretados conforme a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia proclamada por esta Sala. De forma bien reciente, la STS 288/2018, 14 de junio -con cita de las SSTS 1045/2007, 17 de diciembre; 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero- recordó que "... tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, (...) el criterio del Ministerio Fiscal puede no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público" .

Los delitos por los que se decretó el procesamiento del Sr... son ejemplos paradigmáticos de afectación de bienes de naturaleza difusa, supraindividual o de carácter colectivo. Y en tales supuestos, la presencia de una acusación popular no deber ser considerada como un obstáculo para la vigencia de los principios que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional. El examen de los móviles que empujan a quien acciona en defensa del interés colectivo no es, desde luego, indispensable para concluir la validez del ejercicio de la acción penal. Al acusador popular le incumbe -como no podía ser de otro modo- el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, pero no es un tercero imparcial. En cualquier caso, la LECrim. concede a esta Sala los instrumentos jurídicos precisos para impedir que la acusación popular -o cualquiera de las otras partes- desborden el ámbito funcional que le es propio. Y así ha quedado demostrado durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral. La presencia de partidos políticos en el proceso penal no, es desde luego, positiva. Se corre el riesgo de trasladar al ámbito jurisdiccional la dialéctica e incluso el lenguaje propio de la confrontación política. La experiencia indica que la sentencia adversa no suele ser explicada por el partido accionante como la consecuencia jurídica de la valoración jurisdiccional de los hechos. Antes al contrario, se presenta ante la opinión pública como la expresión de un condicionante ideológico que los Jueces han antepuesto a la realidad acreditada. Pero lo que es verdaderamente

perturbador, no es tanto la constatación de uno u otro de los signos de identidad que definen el programa de cada formación política, sino la presencia misma de ese partido.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de llamar la atención acerca de la necesidad de abordar una regulación de esta materia que excluya el riesgo de trasladar al proceso penal la contienda política (cfr. ATS 6 octubre 2016, causa especial 20371/2016). Y no deja de ser significativo que los frustrados trabajos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluyeran expresamente del ejercicio de la acción popular a los partidos políticos (cfr. art. 82.1.d) del Proyecto de Reforma de 2011 y art 70.2.d) de la propuesta de Código Procesal Penal de 2013). La Sala coincide en la necesidad de limitar el ejercicio de la acción penal por las formaciones políticas. Y esa restricción debe ser general, sin que deba subordinarse a la propuesta ideológica que suscriba cada una de las fuerzas políticas que intente la personación. Es un hecho notorio que algunos de los partidos políticos a los que pertenecen los procesados han tomado también parte activa mediante el ejercicio de la acción penal en procesos penales abiertos que, por una u otra razón, presentaban algún interés electoral. Sea como fuere, el actual estado de cosas no permite a esta Sala otra opción que admitir en el ejercicio de la acción popular a quien se personó en tiempo y forma, colmando todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para actuar como acusador popular.

3. Ciertamente en autos, el reproche deriva fundamentalmente, de que no es el partido político el que se persona sino los grupos políticos municipales que califica de meras "uniones de concejales", en cualquier caso sin personalidad jurídica.

Sin embargo, el entendimiento de que un Grupo Municipal, es fórmula abreviada para designar a sus componentes y que si el poder de representación no lo clarifica, es cuestión que puede ser subsanada, motiva que ninguna objeción se formulara al Grupo Municipal Socialista de Marbella, cuando en la causa

especial 20790/2018, formula querrela contra senadora, por prevaricación, falsedad continuada y fraude (vid. AATS de 25 de septiembre de 2018 y 28 de febrero de 2019); del mismo modo que en la causa especial 20545/2013, donde la acusación popular la ejerce el Grupo Municipal del Partido Popular de Parla (ATS 21 de noviembre de 2013)....”.

Abordando la segunda cuestión previa planteada, como se ha anticipado, el escrito de acusación reúne los elementos de los tipos penales objeto de acusación, no genera indefensión material, y si bien el auto de procedimiento abreviado de fecha 22 de octubre de 2019, contiene un relato determinado de los hechos objeto de imputación, la circunstancia de que el relato del escrito acusatorio, a criterio de este Tribunal, sin ser un dechado de ortodoxia acusatoria, pudiera reflejar desde la perspectiva discursiva algunos elementos no contenidos explícitamente en el auto referido, no obstante, como se anticipó verbalmente al inicio del juicio, los hechos contenidos en dicho escrito deben ser objeto de valoración probatoria, así como en su caso, la participación de las/el acusadas/acusado, recordando también que en la querrela interpuesta los delitos imputados fueron los de prevaricación y malversación de caudales públicos; por tanto, se descartan las pretensiones de archivo de la causa y de nulidad.

SEGUNDO.- Una vez superadas las cuestiones previas anteriores, y con respecto al fondo de los hechos enjuiciados calificados como delictivos por la acusación del Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, en esencia y en síntesis, esta parte en su escrito de acusación indica que a pesar de la evidente legalidad de los convenios suscritos desde el año 2001 para la organización de un torneo de tenis internacional en la ciudad de Madrid, los querrelados situándose de espaldas a la legalidad y en perjuicio del patrimonio municipal, y con la finalidad de construir una denuncia vana y artificial contra los anteriores gestores municipales y para conseguir torticeramente ventaja en la contienda política, y aunque los dos previos informes solicitados a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento dieron lugar a sendas respuestas en las que no se apreciaba ilegalidad ni irregularidad alguna en la actuación llevada a cabo en

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

relación con dichos convenios, de común acuerdo instrumentalizando a una funcionaria y con ocultación al Consejo de Administración de la empresa municipal Madrid Destino, con infracción de la normativa reguladora de la contratación pública, contrataron con cargo a los fondos municipales un dictamen jurídico referido a los negocios entre Madrid Destino y MTP preordenado a descubrir indicios de criminalidad en los mismos de cara a presentar una denuncia o querrela, y aunque los servicios encargados incluían eventualmente la posibilidad de emprender acciones, lo que determinaría el incremento del precio de los servicios contratados, sin embargo actuando a sabiendas de cometer una grosera arbitrariedad y una manifiesta desviación de poder, sin base legal y al margen de los intereses generales y lesiva para el patrimonio administrado, se suscribió una hoja de encargo profesional con dos despachos de abogados a los que les adjudicaron directa y graciosamente el encargo, pactando la cantidad de 50.000 euros más IVA por la emisión de dos dictámenes jurídicos, acordando que el resto de cantidades se presupuestarían mediante anexo aparte, y emitidos dichos informes se les abonó la cantidad total de 56.900 euros IVA incluido, lo que supuso un perjuicio económico para Madrid Destino, y en consecuencia, para el patrimonio público, superior a 50.000 euros.

La acusación sigue imputando que en esa contratación de abogados, además de ser un acto groseramente injusto, innecesario, insostenible jurídicamente y movido por intereses particulares y depredatorio para el patrimonio público, tampoco se cuantificaron exactamente los honorarios de los profesionales contratados lo que respondía al burdo propósito de aparentar que el valor del contrato era de 50.000 euros, actuación contraria al marco normativo de contratación municipal que evidencia la intencionalidad de los actos de los querellados y el más completo desprecio por la legalidad al estar prohibido el fraccionamiento de los contratos, y que una vez realizado el encargo encomendado, acto de patente arbitrariedad y con deliberada elusión de las normas sobre contratación pública con grave quebranto al patrimonio público y paradigmático de desviación de sus funciones, los querellados culminaron y

agotaron su propósito presentando una denuncia ante la Fiscalía sobre la base de los dictámenes obtenidos.

Frente a la anterior acusación, los acusados niegan categóricamente los hechos, y explicaron todas las actuaciones llevadas a cabo para intentar clarificar la situación contractual derivada de la suscripción de una serie de convenios y acuerdos, y definir las obligaciones municipales en defensa de los intereses públicos.

Pues bien, antes de entrar a analizar y valorar el resultado de las pruebas practicadas, es conveniente fijar el marco técnico jurídico del que debemos partir.

TERCERO.- Antes de entrar a valorar las pruebas practicadas, considera este Tribunal que deben examinarse los elementos de los imputados delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos.

En síntesis, son elementos integrantes del delito de prevaricación del art. 404 CP los siguientes:

- 1) El dictado de una resolución administrativa de carácter decisorio;
- 2) Que tal resolución sea contraria a Derecho;
- 3) Que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la inobservancia de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 4) Que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5) Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario/a, y con el conocimiento de

actuar en contra del derecho-

Conforme recuerda la STS núm. 520/2016, de 16 de junio , "el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad.

Es necesario que la autoridad o funcionario/a público/a realice un acto que suponga una absoluta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran. En este sentido la sentencia de este Tribunal núm. 723/2009, de 1 de julio de 2009 establece que no toda resolución administrativa ilegal es arbitraria por el mero hecho de resultar contraria a las disposiciones del ordenamiento jurídico. De esta forma, es necesario de la actuación sea manifiestamente arbitraria, esto es, carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico.

Conforme reiteradamente viene señalando el Tribunal Supremo, para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad a este respecto. No existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es reiterada la doctrina sobre lo que debe entenderse por el contenido de la injusticia o arbitrariedad, que puede provenir tanto en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto (sentencia núm. 723/2009, de 1 de julio)."

También debe traerse a colación una sentencia (STS 766/1999, Ponente Sr. Jiménez Villarejo) que, aunque ya vetusta, sin embargo, a criterio de este Tribunal sigue siendo plenamente vigente, y en la que se recuerda que ... En todo Estado constitucional inspirado en el principio clásico de división de poderes se establece un sistema de controles y contrapesos mutuos para garantizar la limitación del poder, el sometimiento de su ejercicio al ordenamiento jurídico y los derechos y libertades de los ciudadanos. Una manifestación, entre otras, de esta característica del Estado constitucional es el art. 106.1 CE en el que se dice que "los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", precepto que reside en los Tribunales el control para que la actuación de la Administración Pública se realice "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" tal como lo exige el art. 103.1 CE . Este control, sin embargo, no está atribuido a todos los Tribunales indistintamente sino de forma exclusiva a los del orden contencioso-administrativo, a los que el art. 24 LOPJ declara competentes para conocer de las pretensiones que se deduzcan frente "a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas", así como "de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes públicos españoles de acuerdo con lo que dispongan las Leyes". En consecuencia, el control de legalidad de los actos -concreción que ya es necesario realizar a los efectos de esta resolución referida al enjuiciamiento de un acto- de los órganos de la Administración Pública corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso- administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento, por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que, ocupando o desempeñando las funciones propias de órganos de la Administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los Jueces y Tribunales penales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecida en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3

CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de igual sometimiento de ciudadanos y poderes públicos "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" que establece y proclama el art. 9º.1 CE. Los Jueces y Tribunales penales no controlan, pues, a la Administración Pública sino que, sencillamente, declaran cuando procede ejercer el "ius puniendi" del Estado contra la persona -autoridad, funcionario o ciudadano no investido de autoridad alguna- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando un hecho penalmente típico..."

En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, del art. 432.1 y 3 del CP, tiene como bien jurídico protegido no solamente la integridad del patrimonio público, sino también el deber de fidelidad de las/los funcionarias/os ("lato sensu", como traducción del nuevo concepto de "empleado/a público/a" en el sentido del art. 8 de la Ley 7/07, aprobatoria del EBEP) y la confianza general ciudadana en la correcta gestión de los caudales de naturaleza pública (SSTS 5-2-08) o 2-3-06), cometiendo el injusto típico quien desvía los fondos destinados a la finalidad legítima, para atender otra finalidad ajena a la misma, con el consiguiente beneficio de otro (SSTS 18-2-10, 29-12-09 o 17-5-07).

Este delito se caracteriza, según solvente doctrina jurisprudencial (STS 18-5-13, entre otras), por la concurrencia de tres elementos objetivos: su autoría por funcionario/a o autoridad pública, la potestad decisoria sobre fondos públicos y la desviación del destino de éstos a fin distinto del legalmente previsto según la normativa administrativa, (en general, y presupuestaria en particular) con más el elemento subjetivo del dolo.

Y, por lo que al delito de malversación de caudales públicos atañe, la doctrina del TS ha declarado cuanto sigue.

1º. S 696/2013, de 26-09:

"El delito de Malversación de caudales públicos tiene como presupuestos:

a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública;

b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;

c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la admón. Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y,

d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga-lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de octubre).

Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS 310/2003, de 7 de marzo). Y siendo sólo posible la comisión dolosa (SSTS 248/2003, de 18 de febrero; 1544/2003, de 17 de noviembre).

Es más, como señala la STS 21-7-2005, nº 986/2005, el delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. De ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31.1.96 , 24.2.95).

CUARTO.- Premisa esencial

La presunción de inocencia está reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución, y en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: en el artículo 11.1 Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), en el artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el artículo 6.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) ; en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); en el artículo 7 b) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981).

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 1113/2004 de 9 de octubre, recuerda que es arraigada la doctrina del Tribunal Constitucional como de ese Alto Tribunal, que establece que la presunción de inocencia es una presunción “iuris tantum” que exige para ser desvirtuada la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, institucionalmente legítima producida con las debidas garantías procesales, que se ofrezca racionalmente de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado, todo ello en relación con el delito de que se trate de los elementos específicos que lo configuran. La presunción de inocencia, en cuanto arroja al imputado a lo largo del procedimiento hasta su finalización, solo puede ser enervada en virtud de la consecución judicial de una serie de pruebas legalmente practicadas con ajuste a todas las exigencias legales y de cuya fehaciente veracidad el órgano judicial queda absolutamente convencido. Estas pruebas de cargo deberán ser de tal índole e importancia que justifiquen fielmente la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, se ha señalado reiteradamente que si bien el Juzgador dicta sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria

que pueda estimarse de cargo, pues solo la existencia de esa actividad probatoria de cargo puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 de la CE. No basta, por tanto que se haya practicado prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la Policía Judicial hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor. Como es sobradamente conocido, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 de la CE, cuando se condena a una persona sin prueba alguna de cargo, con prueba absoluta y notoriamente insuficiente o en méritos de una prueba ilegítimamente obtenida.

La carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras, y no a la defensa. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (STC 303/1993) sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (STC 31/1981, STC 107/1983). Por otra parte, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no sólo de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (STC 141/1986, STC 150/1989, STC 134/1991).

Si, ponderando las pruebas de distinto signo que ha presenciado, el juzgador llega a tener la certeza moral de la culpabilidad del acusado, su obligación es precisamente declararla.

QUINTO.- Prueba practicada

Los hechos declarados probados han resultado acreditados por las pruebas practicadas en juicio: declaración de testigos, declaración de las/el acusadas/o, y por la prueba documental consistente en todos los folios de la causa.

Pues bien, partiendo de las bases jurisprudenciales fijadas en los

fundamentos de derecho tercero y cuarto de esta resolución, y a la vista del resultado de las pruebas practicadas en el juicio oral, este Tribunal estima que la comisión de los imputados delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos, no ha quedado acreditada, las pruebas practicadas en ningún momento han debilitado la presunción de inocencia de las/el acusadas/o; muy al contrario, las pruebas practicadas, valoradas en conciencia, confirman que la actuación de las/el acusadas/o, fue ajustada a derecho y en estricto cumplimiento de sus obligaciones.

La anterior conclusión probatoria se obtiene del examen de los medios probatorios practicados en los términos que se expondrán, debiendo resaltar que esta convicción se alcanza de forma rotunda inclusive si el enfoque probatorio alcanzado se proyecta globalmente para examinar el contexto fáctico y temporal en que se desarrollaron los hechos sucesivamente.

SEXTO.- Valoración de la prueba practicada

En primer lugar, resulta incontrovertido que la entidad Madrid Destino Cultura, Turismo y Negocio, S.A. es una sociedad mercantil municipal con forma de sociedad anónima, siendo el Ayuntamiento de Madrid el titular único de todo su capital social, y que como consecuencia del Plan de Reestructuración del Sector Público del Ayuntamiento de Madrid, aprobado en 2013, se llevó a cabo un proceso de fusión de empresas municipales a resultas del cual Madrid Destino sucedió a tres sociedades municipales, todas ellas igualmente participadas al 100% por el Ayuntamiento de Madrid (Madrid Visitor & Convention Bureau S.A. -"MVCB"-, Madrid Arte y Cultura S.A. -"MACSA" y Madrid Espacios y Congresos S.A. -"MADRIDEC"-).

También consta acreditado, folios 1036 y siguientes (230 y siguientes del tomo I de las diligencias previas 1673/2017 en su día tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 41 de Madrid), y no controvertido, que desde el año 2001 el Ayuntamiento de Madrid y la entidad privada Madrid Trophy Promotion, S.L.

firmaron diversos Convenios, y también distintos Acuerdos -con las empresas municipales antes mencionadas que en virtud del proceso de reestructuración aludido se integraron en Madrid Destino-, con ocasión de la organización y celebración del torneo de Tenis Mutua Madrid Open, regulando una serie de contraprestaciones en lo que se refiere al compromiso de pago por parte del Ayuntamiento de Madrid y de Madrid Destino, obligación de pago con una evolución económica determinada consecuencia de cada uno de dichos convenios y acuerdos; y a los efectos que en esta causa interesan, también se establecía la forma de pago de las obligaciones económicas asumidas por la empresa municipal, consistente en presentar una factura por parte de Madrid Trophy Promotion, S.L. con anterioridad al 15 de febrero, debiendo pagarse dicha factura dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la misma.

Así mismo, ha resultado probado, teniendo en cuenta la documental disponible en las actuaciones y por la declaración prestada en el juicio oral por la acusada Ana Varela, que se apreció por este Tribunal como muy seria, convincente, y altamente creíble al haberse podido corroborar su versión por la prueba documental disponible, en los términos que se irán avanzando, y también por el resultado de la prueba testifical practicada, que su intervención en estos hechos respondió al cumplimiento escrupuloso y responsable de sus funciones y de sus obligaciones, sin que en absoluto la resolución controvertida, hoja de encargo de servicios profesionales de fecha 20 de febrero de 2017, folios 877 y siguientes y 1162 y siguientes, pueda calificarse de resolución prevaricadora en los términos antes expuestos.

Es decir, se descarta que dicha resolución fuera contraria a derecho de forma palmaria o patente, ni siquiera, con la prueba practicada puede llegar a decirse que fuera ilegal, ni que se dictara con falta absoluta de competencia o contrariando trámites esenciales del procedimiento, independientemente de la distinta argumentación técnica en orden al procedimiento que hubiera debido seguirse en este caso, descartando también que su finalidad primaria ni secundaria, ni colateral, fuera obtener algún tipo de ventaja política ni que se

dictara con conocimiento de actuar contra el derecho; probanza absolutoria que se alcanza con idéntica claridad respecto de los otros dos acusados, Sr. Sánchez Mato y Sra. Mayer Duque.

Nuevamente tenemos que recordar que la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;

2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Y en el supuesto enjuiciado no concurren los referidos requisitos.

Ciertamente no se cuestiona que en los acusados concurre la condición de autoridad y funcionaria, respectivamente, y que se ha dictado y suscrito resolución en virtud de la cual se contrataron los servicios profesionales de dos despachos de abogados para emitir dictamen jurídico desde la perspectiva jurídico penal y de derecho público y derecho privado (hoja de encargo de

20.2.2017), y que a tal efecto se ha seguido un determinado procedimiento de contratación administrativa vinculado al desembolso de caudales públicos.

Sin embargo, la prueba practicada, en absoluto, respalda la acusación formulada y mantenida de que la resolución dictada fuera objetivamente contraria a derecho, ilegal, por falta absoluta de competencia, omisión de trámites esenciales del procedimiento o por razón del propio contenido sustancial de la resolución en términos tales que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ni que se haya producido un resultado materialmente injusto ni que se dictara, a sabiendas, con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de las autoridades y de la funcionaria acusadas/o.

Con respecto a la competencia de la acusada Sra. Varela para contratar los servicios prestados, a criterio de este Tribunal, es clara e indubitada, y además está probado, que dicho encargo o contratación entraba de pleno en el marco de sus competencias como Consejera Delegada; no sólo lo ha confirmado en el juicio oral la testigo Ana Yáñez directora del área legal de Madrid Destino, en la fecha de los hechos, que fue la encargada de tramitar este procedimiento de contratación, sino que también lo confirman, más allá de toda duda, los Estatutos de la empresa municipal Madrid Destino, folios 788 y siguientes, donde se detallan los órganos sociales y, entre ellos, la figura del Consejero Delegado, y en las instrucciones internas de contratación de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. aportadas por la propia parte querellante, en el capítulo VI cuando se ocupa de detallar los órganos de contratación, y entre ellos figura el Consejero Delegado, entre cuyas atribuciones se encuentra la suscripción y adjudicación de los correspondientes contratos, indicando que entre sus competencias se encuentra la de autorizar actuaciones relativas a prestaciones de servicios de toda clase y formalizar los contratos que de dichas actuaciones se deriven, señalando también estas instrucciones internas que el valor de los contratos, a todos los efectos, vendrá determinado por el importe total sin incluir

el Impuesto sobre el Valor Añadido, en coherencia obviamente con la normativa administrativa.

En cuanto al procedimiento de contratación seguido, antes de detallar las pruebas de descargo practicadas, y la debilidad de las pruebas de cargo aportadas, nuevamente hay que recordar que según la STS 259/2015, de 30 de abril: “la contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 23 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la

actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero , entre otras)...”

Pues bien, partiendo de las anteriores pautas jurisprudenciales, la convicción probatoria alcanzada por este Tribunal, es que en el supuesto enjuiciado, ni la resolución dictada era ajena a las competencias de las/el acusadas/acusado, tal y como se acaba de indicar, ni el procedimiento de contratación seguido vulneró trámites esenciales que impidieran la comprobación y control de la actuación encomendada, ni fue dictada por el mero capricho de la parte acusada seleccionando arbitrariamente a los despachos contratados, ni que tuvieran como finalidad motivos espurios ajenos a la defensa de los intereses públicos.

Sintéticamente, en el juicio oral, la acusada **Ana Varela Mateos** explicó que cuando llega al Área de Cultura, Deportes y Turismo, se hace cargo de muchos asuntos, y entre ellos, tiene que hacer una valoración técnica de la relación que existe respecto del torneo Madrid Tennis que es la más importante del área de deportes, siendo su responsabilidad dar cuenta a sus superiores de todos los asuntos que entran en el ámbito de sus competencias; que no está muy claro el expediente, dónde está, quién lo tiene, y que el convenio conlleva obligaciones que pertenecen a la empresa municipal, y que ella misma tenía que asumir responsabilidades firmando contratación, y que por esta razón pidió el informe a asesoría jurídica, pero que el informe no le aclara muchas cosas, y sus dudas siguen ahí.

Dijo la acusada que luego se convierte en Consejera Delegada de Madrid Destino, revisó la normativa, al no existir convenio previo la asesoría jurídica del Ayuntamiento no podía asesorar a la empresa municipal y tenía que pagar

facturas porque MTP no pagaba ni agua ni luz de sus oficinas y que el Ayuntamiento no pagaba a Madrid Destino por el uso de esas oficinas por MTP cedidas por el Ayuntamiento sin que nada de esto estuviera regulado, y que además Madrid Destino tenía una demanda por parte de MTP para abonar un millón de euros por cambiar el color de las pistas de tenis, y además al revisar los contratos no estaba claro lo que se pagaba y podían ser desdoblamientos, ya no era que tuviera dudas sino que tenía que entender por qué ellos, Madrid Destino, tenían que hacerse cargo; se refirió en concreto a palcos valorados en sesenta mil euros con botellas de champán, que se disfrutaban por particulares, vínculo jurídico que no estaba determinado, y que debería haber quedado registrado, y nadie le explicaba adonde había ido.

La acusada Sra. Varela en el juicio explicó los pasos que dio para poder aclarar, o intentar aclarar todas estas cuestiones porque lo que pretendía era ser responsable y rendir cuenta de su gestión, que había varios acuerdos que no estaban claros, primero consultó con personas que le podían orientar, que ella no sabía medir la gravedad, y se dirigió al coordinador de seguridad porque intentó asesorarse o pedir consejo a los mejores profesionales, que habló con Daniel Vázquez y le dijo que era grave, no recordaba si fue como coordinadora general; que también preguntó a Lourdes Menéndez.

También explicó la complejidad de las relaciones contractuales de Madrid Destino, antes Madrid Promoción, porque había muchas dimensiones jurídicas, ramificaciones, tema de pistas, de montaje y desmontaje, explotaciones del parking, subarrendamiento del gimnasio, instalación de Caja Mágica, convenio por el que la empresa municipal estaba obligada a pagar cinco millones de euros, y por todas estas razones entendió que necesitaba claridad y un marco jurídico seguro de certeza para la gestión, y que cuando llegó a Madrid Destino al ser nombrada Consejera Delegada, ya conocía el pronunciamiento de la Asesoría Jurídica sobre que no entra en el ámbito de sus funciones el asesoramiento solicitado, siendo consciente de la necesidad de disponer de un informe jurídico para clarificar el modelo de relación que tienen con MTP de cara al convenio.

De igual modo detalló la acusada que dentro de Madrid Destino en el área legal no había profesionales cualificados para hacer esa valoración que necesitaba, que no todo el mundo tenía formación jurídica y no estaba especializada en estas materias, y por esa razón solicita un primer dictamen jurídico para que se pronuncie sobre esta relación, y el resultado de este primer dictamen es más preocupante porque le está diciendo que puede ser nulo y que estén pagando por algo que ya se esté pagando, que puede ser que se esté pagando dos veces; recibió el informe de Nazaret y se ciñe a dicho informe y ella inicia labores para el seguimiento del impacto económico y sobre la factura reclamada da instrucciones para que se contacte con ATP y WTA para solicitar los derechos de sede, concepto confuso, y a la empresa MTP para que les facilite esos derechos, y no les aportan ese soporte documental que justificaría esos derechos.

También la acusada reconoció que había una relación fluida y transparente con el presidente en funciones, el acusado Carlos Sánchez Mato, y con la presidenta de la sociedad y que a resultas de los dictámenes convocó a la comisión ejecutiva de la sociedad para darle traslado de esto y acordar los pasos siguientes, dar cumplimiento a lo que decía el dictamen jurídico, y que cuando los requerimientos de información a esas empresas no obtienen resultado documental, a la vista del dictamen de Nazaret y que hay que pagar la factura, que va a llegar esa factura y no hay seguridad jurídica sobre la causa del contrato, es cuando da traslado a su responsable jurídica sobre la preocupación del resultado y la necesidad de disponer de un dictamen de la máxima calidad posible que aclare todas las dudas, y da traslado al presidente en funciones con toda seguridad; lo habla con su asesora jurídica y le preguntó cómo podían contratar ese asesoramiento jurídico, ya había pasado veces anteriores, a ella no le arroja dudas que hay que encontrar a personas competentes y con capacidad técnica suficiente que sea algo inapelable para ella y para terceros, y la responsable del área jurídica le dijo que no tenían que acudir a los procedimientos de la ley de contratación pública y que no era la primera vez que

se hacía, no le arroja ningún tipo de duda, y que después la propia acusada lo miró con más profundidad y suscribe ese criterio, que era algo habitual, y no tenía que haber un procedimiento judicial en curso, que de hecho se trataba de negociar y en muchos casos se llegaba a acuerdos y que hubo casos en que hubo despachos jurídicos y se trataba de evitar precisamente acudir a sede judicial.

La acusada explicó que había un precio fijo que eran cincuenta mil euros por el encargo y se hacía una aclaración a efectos de que de ahí pudieran derivarse otro tipo de actuaciones que deberían ser aparte, no estaban incluidos otro tipo de actuaciones, que el valor total fue por cincuenta mil euros por un dictamen jurídico, solo hay una hoja de encargo, ella decide al estar dentro de sus atribuciones que ese dictamen debe ser realizado desde una perspectiva cualificada en derecho público, económico y administrativo, y también de derecho penal, que no buscaba irregularidad penal sino que buscaba una cobertura de seguridad jurídica para la empresa pública, que estaba en un terreno de suma ambigüedad y quería saber en caso de haber responsabilidades la forma correcta de actuar, podía ser civil y cabía la nulidad del contrato, podía ser penal o también estar en el ámbito administrativo como era el caso con la Carpa instalada, que no informó al Consejo de Administración porque ni se convocó ni era de su competencia, y que formaba parte de sus funciones como Consejera Delegada la contratación, que en el tráfico diario de la gestión se celebraban los contratos y se daba cuenta con posterioridad; por último, aclaró que la acusada Celia Mayer estuvo de baja por maternidad en el último tramo temporal.

Por tanto, la acusada Sra. Varela, en su extensa, detallada y creíble declaración en el plenario, explicó la forma en que tomó contacto desde su puesto de Coordinadora General con la situación existente en la sociedad mercantil municipal Madrid Destino, habida cuenta de que esta empresa aglutinaba una parte muy importante de los recursos del área de deportes del Ayuntamiento de Madrid, con complejas relaciones contractuales derivadas de la organización del torneo Madrid Tennis, lo que suponía grandes connotaciones económicas y de gestión, y la reclamación de una muy sustancial factura por la

otra parte contratante de una discutible prestación, motivos que determinaron que acometiese la labor de revisión de toda la documentación vinculada a dicho torneo de Tenis, y también por la necesidad de entender el alcance de las consecuencias de esta relación contractual por razón de sus responsabilidades técnicas, así como para poder dar cuenta a sus superiores, y poder tomar las decisiones correspondientes en el ámbito de sus competencias, y tras ese estudio previo y afianzarse sus dudas, decidió, consultar a personas del entorno municipal, pedir informe a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, a un despacho de abogados, Nazaret 6, sin perjuicio de que una vez incorporada como Consejera Delegada a Madrid Destino, tras carecer de medios técnicos internos suficientes, y consultar con la responsable del área legal de Madrid Destino, Ana Yáñez, experta que le asesoró del procedimiento a seguir para poder encargar el asesoramiento jurídico imprescindible que le permitiese afrontar con un mayor grado de seguridad la toma de decisiones de la empresa municipal Madrid Destino, tanto relacionadas con la gestión ordinaria como sobre el futuro inmediato de obligaciones contractuales y económicas, decidió encargar a dos despachos profesionales la prestación de servicios de asesoramiento para poder, en su caso, dar cuenta de la posibilidad de ejercitar distintas acciones tanto judiciales como extrajudiciales en defensa de los intereses públicos.

Planteamiento que, como se anticipó, se ha confirmado con prueba documental y prueba testifical.

Efectivamente, la acusada mantuvo contactos a nivel interno municipal con Daniel Vázquez Llorens dado que éste con anterioridad había estado desempeñado durante años el puesto de Inspector Jefe en la Unidad de Policía de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEP); este profesional experto compareció en el juicio y fue muy elocuente y claro sobre los contactos mantenidos sobre esta cuestión, habló con la acusada Sra. Varela y vio documentación, dijo en el juicio que *le olían mal muchas cosas, y le pareció que había muchas cosas que había que discernir por si había algún tipo de cuestión más allá de una cuestión*

normal, había indicios de algo irregular, por lo menos; pero es que además, confirmó que la acusada no le dijo que tuviera interés político, a él le pareció una profesional extraordinaria que buscaba defender el interés público; el testigo confirmó que entendió que se pidieran informes adicionales, y que fue él mismo quien le dijo que tenía que asesorarse.

También la testigo **Lourdes Menéndez González** en el juicio oral, y corroborando la versión de la acusada Sra. Varela y del anterior testigo Sr. Vázquez Llorens, confirmó *que Daniel Vázquez le dijo que tenían que hablar con ella por un asunto delicado, y fueron a verla Ana Varela y Daniel Vázquez, estaban preocupados por los contratos de adjudicación de Madrid en Caja Mágica porque consideraban que tenían elementos oscuros o que podían ser perjudiciales para las arcas públicas, no recordaba la fecha, le dejaron papeles, fotocopias de los contratos, revisó la documentación y explicó a la dirección del Ayuntamiento que le habían ido a ver y le transmitieron la preocupación, y esta testigo explicó que estas preocupaciones le parecieron legítimas por las arcas públicas.*

Por tanto, estos dos testigos corroboraron la preocupación legítima de la acusada Sra. Varela, y que su pretensión era defender los intereses públicos, sin atisbo alguno de inclinación partidista o política.

Pero es que aparte de estas consultas internas, más o menos formales o informales, la acusada Sra. Varela, también solicitó ya formalmente asistencia de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid en su condición de Coordinadora General de Cultura, Deportes y Turismo del Consistorio.

A estos efectos, en fecha 15 de enero de 2016 remite nota de servicio interior al Director General de Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid en el que solicita la emisión de informe jurídico sobre la legalidad y posibles causas, procedimientos y consecuencias de resolución, y en su caso, de las acciones jurídicas que pudieran corresponder en relación con el Convenio de 29 de

diciembre de 2011 celebrado entre el Ayuntamiento de Madrid, y la entidad Madrid Trophy Promotion para el patrocinio del torneo de tenis Mutua Madrid Open.

En la nota de servicio interior referida de 15.1.2016 enviada por la acusada Sra. Varela, ya se ponía de manifiesto que el convenio de 2011 afectaba al programa de actividades del área de gobierno de referencia al derivarse obligaciones sobre la empresa mercantil municipal Madrid Destino sobre las que no se puede dirimir en tanto no se cuente con una valoración jurídica de la legalidad y posibles causas de resolución del Convenio de referencia por parte del Ayuntamiento.

Esta N.S.I., a continuación detalla los extremos sobre los que se solicitaba un pronunciamiento expreso; en la misma nota se hacía referencia al convenio de 29 de diciembre de 2011, detallando sus antecedentes (Convenio de 2009, Acuerdos de 2009 y de 2012), efectuando también un resumen económico del convenio y el porcentaje del presupuesto municipal para deportes, señalando que el coste del Open no se limita a la adquisición de los derechos de sede del torneo, cinco millones de dólares, más de cuatro millones y medio de euros, sino también que a esta cifra hay que sumarle el patrocinio, que para los ejercicios que se citan asciende a casi dos millones de euros, y el importe correspondiente a la cesión de espacios que será, como mínimo, el aplicado a 2015, de más de dos millones y medio de euros, en total más de nueve millones de euros por año de coste del Torneo para Madrid, lo que hay que situar en el conjunto del presupuesto municipal dedicado al deporte que en 2015 ascendió a 14 millones de euros, resaltando la nota interna que la cantidad en concepto de patrocinio tiene carácter ascendente conforme al convenio citado, alcanzando en el período 2018 a 2021 la cantidad de más de cuatro millones de euros, de manera que el coste total anual para el Ayuntamiento en este periodo podría alcanzar once millones de euros en una estimación restrictiva.

En esta nota también se hace referencia a otros antecedentes contractuales entre MTP y Madrid Destino, en relación a diversas relaciones jurídicas existentes entre la empresa municipal y Madrid Trophy Promotion, vinculadas a la instalación de Caja Mágica, al Centro que incluye el Tenis Indoor Garden, explotación de las Carpas, y destacando también la misma nota que MTP ha solicitado indemnización por la reforma de las pistas del Tenis Garden del complejo deportivo de Caja Mágica, reclamación primero dirigida a Madrid Destino y luego redireccionada contra el Ayuntamiento de Madrid por un importe cercano al millón de euros.

La Nota de Servicio Interior de 15 de enero de 2016, indica que, salvo mejor criterio del departamento jurídico, las obras se entiende que deben ser de cuenta de MTP y que deben quedar en beneficio de la instalación debiendo dicha mercantil solicitar autorización previa mediante escrito de Madrid Destino, como licencia de obras, lo que no se ha producido, y que las obras se han llevado a cabo incumplimiento tales requisitos y sin proyecto, remarcando que no consta que por parte de Madrid Destino se haya aceptado ningún presupuesto ni encargo de ejecución ni tampoco ningún contrato obligatorio dado que los poderes adjudicadores no pueden asumir obligaciones mediante acuerdos verbales o suscritos por quienes no son órgano de contratación.

Finalmente, tras hacer referencia a una cuestión relacionada con la copa Davis Junior, se termina solicitado de la Dirección de Asesoría Jurídica lo siguiente:

1º) que se pronuncie sobre todos los aspectos que pueden afectar a la legalidad del citado convenio y sobre las distintas acciones que pudieran corresponder en cualquiera de los ámbitos jurisdiccionales a los que pudiera afectar: civil, administrativo o penal, en relación con cada uno de ellos, señalando en concreto una serie de aspectos sobre los que se detectaban indicios de legalidad y sobre los que expresamente solicitaban pronunciamiento:

I: valoración jurídica de la fecha de firma del convenio de 29.1.2011 a la vista de las circunstancias particulares que se detallan

II: comprobación de si el Acuerdo cuenta con los informes que corresponden a un compromiso del importe y la duración señaladas -asesoría jurídica, área de gobierno de hacienda, etc.-

III: análisis del modo de gestión entre el convenio 2009-2013 que suponía un abono de 324.517 euros más IVA, y el establecido en el convenio objeto de análisis que supone un abono inicial de 2.317.430,61 más IVA, que se va incrementando con el tiempo hasta alcanzar 3.476.145 euros más IVA, total 4.101.852,17 euros, y que parece deducirse que en el primer modelo es la empresa municipal la que recibe las cantidades del Ayuntamiento para su organización, y que en el segundo es la patrocinada la que lleva a cabo esta producción, lo que conlleva una importante pérdida para la administración de control financiero y contable de todos los aspectos organizativos

IV: análisis de la cesión de derechos de sede en el ámbito del Patrocinio, operación interna por la que el Ayuntamiento autoriza la cesión de parte de los derechos adquiridos a una sociedad municipal participada en un cien por cien por el mismo y se abona al Patrocinado, y que habría que tener en cuenta, si estamos ante un doble pago, si la causa, como elemento esencial del contrato se ve afectada por el hecho de que se basa en unos derechos que posee el patrocinado y que en un porcentaje muy alto son a su vez abonados por una sociedad municipal, y si es adecuado que la diferencia del porcentaje de derechos adquiridos por cesión no afecte al precio

V: valoración jurídica de la naturaleza del contrato y si se trata de un Patrocinio, destacando que en este caso no hay un retorno publicitario del patrocinado salvo en obligaciones menores y se fía al Patrocinio a una difusión que de la ciudad supone el evento en sí

VI: se hace constar la necesidad de una valoración económica conforme a criterios de mercado de la aportación económica y en especie del Ayuntamiento y de la sociedad municipal, así como del retorno obtenido

VII: análisis de compatibilidad del Convenio con una empresa que incumple con el Patrocinador, explicitando que MTP ha presentado una reclamación contra el Patrocinador por unas obras realizadas sin autorización, y salvo mejor criterio, de su responsabilidad, y que habría también de valorarse la compatibilidad con una empresa que es a su vez adjudicataria de la explotación de un centro deportivo de Caja Mágica que ha incumplido y que está pendiente de resolución

VIII: valoración económica y jurídica del porcentaje que supone este convenio de patrocinio en el presupuesto dedicado al deporte como servicio público municipal

2º) Se pronuncie sobre cualquier otro aspecto legal que pueda afectar a la legalidad del convenio y de las acciones que correspondan en función del estudio realizado

3º) se pronuncie expresamente sobre las posibles fórmulas de resolución incluyendo el mutuo acuerdo de la cláusula 6), señalando causas, procedimientos y consecuencias de la misma.

En definitiva, en esta Nota de Servicio Interior remitida por la acusada entonces Coordinadora General de Cultura, Deportes y Turismo del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 15 de enero de 2016, claramente se dejan traslucir sus preocupaciones y la necesidad de respuestas para poder, no sólo abordar decisiones relacionadas con obligaciones pendientes de la mercantil municipal Madrid Destino, sino también para poder ejercitar, en su caso, acciones, entre otras, y en su caso, penales, aparte de valorar la viabilidad de ruptura de las relaciones contractuales de mutuo acuerdo o de forma contradictoria.

En dicha N.S.I. las cuestiones sobre las que se necesita asesoramiento, se centran nuclearmente en cuatro dimensiones: a) legalidad del convenio de 2011, no solo desde la perspectiva regular del procedimiento seguido, sino también de las modificaciones operadas respecto de convenios anteriores, b) la naturaleza del contrato suscrito, la existencia de causa y la paridad de contraprestaciones al apreciar la carencia de retorno publicitario y la omisión de cuantificación de prestaciones realizadas por el Ayuntamiento y por la sociedad municipal; c) elevado coste económico del torneo (adquisición derechos de sede, patrocinio, cesión de espacios) que se sitúa porcentualmente en el 64% exclusivamente por este concepto respecto del presupuesto total anual de la Ciudad de Madrid destinado a deportes destacando significativamente la tendencia ascendente en particular del desembolso por patrocinio; d) reclamación formulada por la empresa privada MTP por un importe cercano al millón de euros primero contra el Ayuntamiento madrileño y luego contra Madrid Destino, a pesar de las irregularidades que se detallan en la N.S.I. y la discrepancia sobre la parte contractual que debe asumir el coste de las obras.

Por tanto, ya se deja constancia fehaciente en esta N.S.I. de la preocupación de la Coordinadora General aquí acusada, sobre importantes cuestiones vinculadas a legalidad de los convenios y acuerdos, sobre la existencia de causa del contrato y el carácter sinalagmático del mismo entre las partes, sobre la evolución ascendente de los costes a cargo del sector público municipal y la reclamación de un millón de euros por una prestación cuya obligación municipal podía ser abiertamente discutible, todo ello en el marco de la necesidad de resolver en orden al cumplimiento de determinadas obligaciones sobre la empresa mercantil municipal Madrid Destino que estaban a la espera en tanto no se dispusiera de una valoración jurídica de la legalidad y posibles acciones a ejercitar, en su caso.

La anterior N.S.I. de fecha 15 de enero de 2016 fue contestada por escrito por el Letrado Rafael Requena Castañol en fecha 17 de marzo de 2016, folios 27 y siguientes y 217 y siguientes; en dicha nota se recuerda que los informes que

emite la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid no son vinculantes para adoptar un acto administrativo y que nada obstan a la libertad de decisión del órgano consultante, informe que se emite sin perjuicio de criterio mejor fundado en derecho.

También en este informe se explica que hay supuestos en los que se precisa en la tramitación de un expediente administrativo el informe de los servicios jurídicos municipales, informes preceptivos y no vinculantes, y junto a ello también se amplían las funciones de asesoramiento jurídico mediante la petición de informes facultativos, ciñéndose en este caso la función de asesoramiento jurídico facultativo a la concreta consulta jurídica que se formule para lo cual se exige que la consulta esté relacionada con los asuntos de la competencia del órgano que emite la consulta y que en la consulta se concreten los extremos acerca de los que se solicita informe precisando los puntos que deben ser objeto de asesoramiento, no correspondiendo a la Asesoría Jurídica realizar asesoramiento técnico jurídico, ni se emiten dictámenes de pura gestión, ni dan opiniones de actuación del órgano consultante, que sólo emiten informes en derecho sobre dudas jurídicas concretas cuando la propuesta del órgano que consulta viene ya estudiada y con una solución concreta pero surge alguna duda interpretativa, concluyendo que esa Asesoría no puede pronunciarse sobre cuestiones omnicomprendivas como lo son “todos los aspectos que puedan afectar a la legalidad del citado convenio”, para luego pasar a analizar las cuestiones sobre las que se dispone de información que entran en el ámbito de competencias de ese servicio.

Seguidamente el informe de la Asesoría Jurídica municipal de fecha 17.3.20216, analiza la consulta formulada en relación a la fecha de firma del convenio señalando que a la vista de la documentación del expediente dicha circunstancia no plantea ninguna cuestión a los distintos órganos de fiscalización implicados en la tramitación, que es un negocio jurídico celebrado con arreglo a la normativa vigente en aquel momento; que el acuerdo cuenta con los informes que corresponden a un compromiso del importe y duración señaladas y no se ha

puesto de manifiesto la inexistencia de algún trámite administrativo preceptivo o trámites exigidos por la normativa aplicable, sin que en este informe se realice consideración alguna sobre el contenido de dichos informes remitiendo a la consultante a dirigirse a los órganos emisores de los mismos para solventar las cuestiones que se le puedan plantear.

A continuación el meritado informe de 17.3.2016 se remite al informe previo emitido por la Asesoría Jurídica de 23.12.2011 cuyas consideraciones se dice que siguen siendo válidas, y siempre que se den las condiciones que se dicen, estaremos ante un supuesto de patrocinio publicitario, entendiendo justificada su articulación mediante convenio de colaboración conforme a los informes citados anteriores de la Asesoría Jurídica y dictámenes de Juntas Consultivas, y remitiéndose nuevamente a dichos previos informes de la Asesoría Jurídica.

El mismo informe sobre la consulta planteada en relación al retorno publicitario para el patrocinado considera que deben hacerse estudios económicos por el órgano que corresponda para analizar esta circunstancia si bien dice que en los expedientes tramitados del convenio de 2011 y otros anteriores se pone de manifiesto que sí existe un retorno publicitario.

Después se añade que existen otras cuestiones en la consulta planteada que no pueden ser resueltas por esa Asesoría Jurídica al ser competencia de otros órganos, o porque se trata de cuestiones relativas a una entidad cuyo asesoramiento no les corresponde, o por ser cuestiones sujetas a pronunciamiento judicial, puntos 3, 4, 6, 7 y 8; luego se termina informando sobre la posible resolución contractual del convenio de 2011 y sus consecuencias.

En realidad, y lógicamente, a criterio de este Tribunal, este informe de 17.3.2016, bien se remite a informes anteriores emitidos por la Asesoría Jurídica o a otros emitidos por otros departamentos municipales, y aunque se da respuesta a alguna de las cuestiones interesadas, sin embargo, razonable y

argumentadamente, no responde a todos los planteamientos formulados en la N.S.I. de 15.1.2016.

Teniendo en cuenta esta contestación limitada, por las razones expuestas, de la Asesoría Jurídica, y dada la entidad de las cuestiones controvertidas y confusas que ya habían sido atisbadas por la acusada Sra. Varela, posteriormente consta probado que es cuando ésta decide acudir a solicitar los servicios del despacho Nazaret 6 Abogados.

En el juicio oral prestó declaración el testigo **Jesús Galache Riesco**, que fue la persona que emitió un informe de fecha 12 de septiembre de 2016, y explicó que fueron contratados para manifestarse sobre el aspecto civil de los contratos y las contingencias que se pudieran producir en la resolución del contrato, ratificó dicho informe; consideró que no quedaba muy clara para la empresa municipal la contraprestación del pago que tenía que efectuar y les llamó la atención que no hubiera una comisión de seguimiento dado que en los contratos de patrocinio es muy importante el seguimiento sobre la repercusión o el impacto económico, que había una gran diferencia y no se justificaba muy bien la contraprestación, que se trataba de un gran período de tracto y no se había pedido a la empresa organizadora del torneo acreditar la titularidad.

Este testigo sostuvo que los propios convenios mezclaban de una forma confusa lo que eran los motivos con la causa contractual, pero que el contrato no tenía causa como tal, no existía una contraprestación, que Madrid Destino pagaba cinco millones de dólares por prize money aunque el contrato era bilateral, sinalagmático; también este testigo confirmó el informe emitido en el sentido de que el organizador del torneo es una sociedad española de poca entidad, el capital está en manos de una sociedad en Holanda y que hicieron recomendaciones porque el expediente le llegó fragmentado, que no había control del logo que debía figurar, ni acta de entrega de instalaciones ni de recuperación de instalaciones.

El informe jurídico ratificado por el anterior testigo, se emitió el día 12 de septiembre de 2016, folios 229 y siguientes, y en el mismo se detalla que su objeto era el estudio y análisis del convenio en vigor que une al Ayuntamiento de Madrid con Madrid Trophy Promotion, S.L. de fecha 29.12.2011 y el contrato suscrito el 12.9.2012 entre Madrid Visitors & Convention Bureau, S.A., antes denominada Promoción Madrid, y la misma sociedad Madrid Trophy Promotion, sus consecuencias, evaluación y alcance, y analizar sucintamente las relaciones jurídicas establecidas entre Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. sucesora de la anterior denominada Madrid Visitors, y Madrid Trophy Promotion relativa a la adjudicación a esta última de determinadas instalaciones de la Caja Mágica y del uso o abandono de dicha concesión.

En dicho informe se concluye, en síntesis, que respecto de la causa en los convenios como motivo inspirador de los mismos, se ha ido perfilando y mutando a lo largo de los sucesivos acuerdos suscritos, y que se han ido incorporando manifestaciones muy genéricas de apoyo al deporte y otros, llamando la atención de que no se liga la consecución del objetivo a la pervivencia del contrato, por lo que más que “causa jurídica” parece ser un objetivo o una mera declaración de intenciones, que estaría en el “sustrato” de la voluntad negocial, sin constituir propiamente la causa del contrato.

En este informe, como conclusión, también se confronta la causa en el convenio como contrato de patrocinio, promover el evento como espejo para la juventud, etc..., pero que sin embargo en el contrato de contribución a la compra de los derechos de sede, nada se dice sobre la causa del contrato y faltan clamorosamente contraprestaciones por el pago del 50% del “prize money” que equívocamente se designa como “derechos de sede”.

Se sigue concluyendo en el informe de referencia, que la sociedad municipal abona un importe alto, que a lo mejor es habitual en este tipo de eventos internacionales, pero que “per se” es alto, cinco millones de dólares por torneo, pero que nada se recoge sobre qué contraprestaciones percibe, y que el

contrato de autorización de adquisición de derechos se convierte en una mera extensión del convenio suscrito por una sociedad de capital público municipal pero sin otra finalidad que asumir a cambio de la misma contraprestación que en el convenio, la sede de Madrid como celebración del torneo, una suma de cinco millones de dólares en pago a los deportistas asistentes, es decir, asume un gasto de la organización sin ninguna contraprestación que lo justifique, y que no existe un esquema de equivalencia de las prestaciones puesto que la sociedad municipal no recibe ninguna, distinta de la celebración en Madrid del torneo, que ya está amparado por la propia figura del convenio.

El mismo informe de 12.9.2016 concluye que en los contratos de patrocinio, falta un seguimiento de la imagen en actuaciones concretas y en su impacto mediático, y que no constan determinadas comprobaciones y ni la existencia de un procedimiento de control de determinados elementos que se citan, resultando llamativa la falta de seguimiento de un evento que es tan caro para el Ayuntamiento y para su empresa municipal, y que no consta un procedimiento establecido que evalúe el contravalor de la inversión en patrocinio, lo que se denomina el retorno de la inversión publicitaria, sucediendo igual con las instalaciones.

Este informe emitido el 12.9.2016 por Nazaret 6 abogados, en sus conclusiones se ocupa de la resolución del convenio llamando la atención sobre la redacción confusa de la cláusula sexta existente al efecto, y sobre las serias dudas sobre el alcance y contenido del contrato que vincula a MTP con ATP/WTA, y que no conocer el contenido de los acuerdos suscritos ente ambas es un riesgo jurídico a la hora de formular una estrategia para reevaluar el convenio y el acuerdo complementario, informe que recomienda que se reclame a MTP que aporte los contratos vigentes que tiene suscritos con ATP y con WTA, reiterando que el contrato está falto de contraprestación económica o negocial para una de las partes contratantes, Madrid Visitors, incurriendo en causa de nulidad, aunque por las razones que se exponen, no recomiendan esta vía.

Por último este informe hace una serie de consideraciones sobre MTP, empresa organizadora, señalando que es una sociedad constituida “ad hoc” para la gestión del torneo sin ninguna otra actividad relevante cuyo socio único es NATACIA BV sociedad holandesa que ha sucedido a otra sociedad holandesa y parece un mero instrumento fiscal, que inicialmente se constituye en Barcelona y se traslada su historial registral a Madrid, y que de sus cuentas anuales conviene resaltar una abultada cifra de negocio con unos gastos de personal altos que abona una importantísima cifra de pagos por servicios externos que pueden ser la vía por la que se expatrien beneficios, siendo llamativo que su fondo de maniobra, capital circulante, sea negativo pese a tener las cuentas auditadas.

Este informe finaliza recomendando no iniciar ninguna medida sin conocer el alcance y contenido de los contratos que vinculan a MTP con ATP/WTA, efectuar requerimiento según lo expuesto, valorar la oportunidad de solicitar la misma información a MTP, y que es patente que las relaciones jurídicas diamantes del convenio y del contrato suscritos, acuerdo de colaboración, son complejas y artificiosas puesto que responden a un mismo objetivo y sin embargo duplican el objeto del contrato y duplican los costes del mismo sin que pueda justificarse que la sociedad municipal contribuya a un gasto directo de la organización sin que le repercutan los beneficios económicos del resultado de la organización del evento.

Con respecto al testigo Sr. Galache, firmante del informe ahora mencionado de 12.9.2016, también es de destacar que confirmó que cuando fue contratado no le dieron instrucciones para emitir el informe en un sentido determinado, pero es que tampoco lo hubieran admitido.

Por lo expuesto, se ha probado que la acusada Ana Varela tanto como Coordinadora General como Consejera Delegada a Madrid Destino, tras tomar conocimiento de la situación existente en esta empresa municipal, hizo múltiples gestiones para poder tener un conocimiento más ajustado, y que si bien dada su preparación técnica existían cuestiones que, según su criterio, debían ser o estar

justificadas suficientemente, intentó primero a nivel interno municipal aclarar sus dudas, legítimas tal y como se ha anticipado alguna testigo pudo afirmar en el juicio, dirigiéndose a personas que por su preparación o profesión (testigos Sra. Menéndez y Sr. Vázquez) le podían orientar o aclarar sus preocupaciones, para luego acudir a solicitar formalmente asesoramiento interno y luego externo al Despacho Nazaret 6 Abogados

A criterio de este Tribunal dados los términos del informe emitido por Nazaret 6 Abogados en fecha 12 de septiembre de 2016, lógicamente, debieron saltar las alarmas de la acusada, máxime cuando en los próximos meses se iba a presentar la factura prevista en los convenios suscritos (quincena febrero), y por ello decidió, una vez ya como Consejera Delegada de Madrid Destino, al estar también latente la reclamación judicial de una cantidad bien significativa por parte de MTP primero frente al Ayuntamiento de Madrid y luego frente a Madrid Destino, asesorarse de expertos que ofrecieran un estudio más detallado y exhaustivo profundizando en todas las posibles consecuencias y acciones a ejercitar, dado el grado de irregularidades no sólo apreciadas por la acusada Sra. Varela, sino ya corroboradas por un primer informe jurídico -Nazaret 6 Abogados- más limitado y centrado en las consecuencias civiles de los contratos y las contingencias que se pudieran producir en la resolución del contrato que fue el informe primeramente encomendado; momento a partir del cual solicita asesoramiento de la directora del área legal de Madrid Destino, Ana Yáñez, y luego cuando ésta le informa del procedimiento a seguir, se solicita la emisión de otros dos informes jurídicos, con unos objetos bien definidos y diferenciados del anterior.

La hoja de encargo de servicios profesionales es de fecha 20 de febrero de 2017, folios 877 y siguientes y 1162 y siguientes y en ella la acusada Ana Varela en nombre y representación de Madrid Destino, encarga profesionalmente a Lex Iusta Advocatus S.C.P. y a Alemany Escalona & De fuentes, Abogados, el servicio que se describe consistente en dictamen jurídico penal, con especial referencia al artículo 31 bis del Código Penal respecto de los contratos vigentes

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

firmados por la mercantil Madrid Trophy Promotion S.L. y que en caso de que de dicho análisis se concluyera la existencia de indicios suficientes de la posible comisión de cualquier ilícito penal, interposición de denuncia ante la Fiscalía o querrela criminal ante el órgano judicial competente, y que en caso de que dicha denuncia o querrela diere lugar a la incoación de un procedimiento penal, personación como acusación particular; que para emitir el dictamen jurídico penal será necesario depurar todas las circunstancias fácticas y jurídicas desde las perspectivas del Derecho Público y Derecho Privado que concurren en la relación jurídico contractual entre la mercantil y la entidad o entidades que organizan y promocionan el torneo de tenis Master de Madrid o Mutua Madrid Open, y que el posible ejercicio de acciones derivadas de este último análisis, si así se decide, será objeto, en su caso, de otro encargo profesional mediante Anexo,

La misma hoja de encargo precisa que la ejecución de los trabajos profesionales se efectúa en régimen de arrendamiento de servicios con arreglo a las normas deontológicas de la Abogacía y que dada la imperiosa urgencia en la realización de los trabajos profesionales se establece el plazo de un mes para su ejecución con la entrega de resultados parciales si resultare necesario.

Con respecto a los honorarios profesionales en dicha hoja de encargo sin inclusión de Iva, por dictámenes y análisis jurídicos, se fija la cifra de 50.000 euros, y el resto de actuaciones se presupuestarán mediante Anexo aparte en función de las concretas circunstancias jurídicas que se pongan de manifiesto tras el análisis efectuado en los dictámenes.

Pues bien, es criterio de este Tribunal, la secuencia de hechos y actuaciones realizada por la acusada en los términos expuestos, es absolutamente coherente y coincidente con la versión ofrecida en el acto del juicio por el acusado Sánchez Mato; explicó que fue Delegado del Área de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, y ejercía como presidente de Madrid Destino en funciones durante la baja por maternidad de Celia Mayer, y que antes era vicepresidente primero de esta empresa.

Expuso el acusado que cualquiera que hubiera leído distintos medios de comunicación era conocedor de que existía un cierto desequilibrio, y él tenía como responsabilidad la fiscalización y presencia en Consejos de Administración de Madrid Destino y de otras empresas públicas, y que cuando pide información antes de los informes citados, sobre los convenios que daban lugar a desembolsos tan importantes, pues no le dieron los informes, toda la parte económica que tenía que sustentar un convenio carecía de contenido económico, que se trataba de un convenio que supone que consiste en *entrego algo a cambio de algo*, si esas cosas no están valoradas económicamente el convenio no tiene sentido, que es lo que ocurría en el tema de MTP, se pagaba dos veces por la misma cosa, había cesiones de espacio público que no estaban valoradas lo que supone que hay un negocio económico que no se está valorando, hay una contraprestación que no figura en el convenio, parece que las cosas se habían hecho de forma no muy regular, y pidió explicaciones muchas veces, tenía la absoluta necesidad de hacer las cosas con arreglo a la norma.

También el acusado Sr. Sánchez Mato explicó, en síntesis, que pedir informe a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento fue por exceso de celo para intentar evitar un gasto adicional con una asesoría jurídica externa, y sabía que se iban a poner de perfil, habían participado en la elaboración de esos convenios y la falta de documentación les dejaba en evidencia, pedía el informe jurídico asociado al informe económico, y entonces tenía sospechas de irregularidades, no participó en la contratación de los abogados externos, 50.000 euros era un nivel en que el Delegado de Economía y Hacienda y tampoco el vicepresidente de Madrid Destino no intervenía, quiso que quedara claro en todo momento que había pedido información desde el Área de Economía y Hacienda, y desde Madrid Destino, desde ambas responsabilidades, y se habían respondido una serie de cosas, había otras que es lógico que respondieran de esa manera, no había convenio, la Asesoría Jurídica no habría podido haber hecho ese trabajo que luego hicieron los despachos, pero sí había cosas que no tenían que haberle

derivado como la memoria económica porque tenía que estar junto con el convenio firmado.

De igual modo el acusado explicó que faltaba al menos el equilibrio patrimonial entre lo que entregan y lo que reciben, que hay negocios jurídicos duplicados, que se estaban pagando cosas de las que no se acreditaba la titularidad, que hay un informe de impacto económico en todos los años, solo uno a pesar de todos los años, que la sede social de la empresa MTP está en un paraíso fiscal y no se sabe la titularidad, y obviamente se fío de Ana Varela y Ana Yáñez, le daban absoluta seguridad de que se estaba contratando adecuadamente, no conocía a nadie del contrato, por lo que le han informado se hicieron peticiones internas a otras Direcciones, también había un informe que decía que no había negocio jurídico que se pagaba por duplicado.

El acusado explicó que las actas de Madrid Destino no reflejan el debate, sí las conclusiones, esto no era un secreto, las irregularidades eran conocidas, preocupaba el volumen del coste que suponía MTP.

En relación a la memoria justificativa, afirmó no haber intervenido, y que ni influyó ni asesoró para su redacción. Y finalmente, declaró que después del informe de los dos despachos que decían que había irregularidades serias y posible relevancia penal, a partir de ahí fue ir a la Fiscalía Anticorrupción con lo que tenían por si era constitutivo de delito, negó que la denuncia la instrumentalizaran por razones políticas.

Pues bien, nuevamente, este Tribunal captó esta declaración como convincente, sincera y abiertamente espontánea, y la versión ofrecida por este acusado también aparece corroborada por otros elementos probatorios, unos ya anticipados y valorados, pero también en particular, por la documental disponible, ya que contextualiza el desarrollo de los hechos descartando la imputada instrumentalización tendenciosa a través de la conducta de los acusados.

En primer lugar hay que hacer referencia a la petición de informes realizada por este acusado a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid; primero mediante escrito que tiene sello de entrada en dicha Asesoría del día 17 de noviembre de 2016.

En este escrito mencionado el acusado firma en su condición de Presidente en funciones de Madrid Destino y plantea una serie de siete puntos sobre los que se solicita informe, folios 34 y siguientes, solicitud que es contestada por la Asesoría Jurídica el día 24 de noviembre siguiente, folio 45 señalando que conforme a la normativa que se cita para que los Letrados puedan asumir el asesoramiento jurídico de una sociedad mercantil local es necesario que exista el oportuno convenio circunstancia que no concurre en este caso, aunque ya se pone de manifiesto que buena parte de las cuestiones sobre las que se pide el informe se refieren a valoraciones económicas o a aspectos relativos al control del gasto y a la eficiencia de servicios, cuestiones que quedan fuera de los informes jurídicos a que se refiere el ROGA.

Dada la respuesta anterior, nuevamente el acusado, Sr. Sánchez Mato, remite otro escrito fechado el 12 de diciembre de 2016 ahora firmando como Delegado de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid y Presidente en funciones de Madrid Destino, en el que se explica que es conocida la intención del Ayuntamiento de replantear la relación jurídica con MTP y que a la vista del informe anterior de 17.3.2016 en respuesta a la petición formulada por la Coordinación General de Cultura, Deportes y Turismo, Madrid Destino, interesa pronunciamiento concreto por parte de esa Asesoría Jurídica respecto a aspectos que no se habían planteado y respecto de otros no respondidos o de forma insuficiente, y ello para afrontar con garantías la posible modificación en esa relación jurídica.

La consulta formulada por Carlos Sánchez Mato, se centra en un total de seis apartados: 1) valoración de la fecha de la firma del convenio de 29.12.2011 al poder afectar a una posible inexistencia de causa del nuevo convenio,

interesando específicamente justificación jurídica para explicar por qué durante dos años el precio se multiplica sobre un precio ya pactado inferior en más de siete veces; 2) valoración económica conforme a criterios de mercado de la aportación económica y en especie del Ayuntamiento y del retorno obtenido, pero en este caso interesando a qué órgano municipal deben dirigirse para obtener esta información; 3) valoración económica y jurídica del porcentaje que supone el convenio de patrocinio en el presupuesto dedicado al deporte, reconociendo que este dato obra en otro órgano, pero que lo que se solicita es un pronunciamiento jurídico sobre si al suponer un porcentaje cercano al 90% del presupuesto de Deportes se pudiera estar ante un incumplimiento de la normativa que se cita al no ser el convenio strictu sensu de promoción del deporte sino de la ciudad y hacerse en detrimento de la obligación de dotar a esa ciudad con instalaciones deportivas y medios para ocupación del tiempo libre; 4) análisis de la cesión de derechos de sede interesando concretamente un análisis sobre las causas y el proceso que condujeron a que se abonara un precio por Madrid Visitors así como sobre si el propio convenio de patrocinio no incluiría esos derechos de sede, 5) control del gasto y eficiencia del servicio, planteando como cuestión nueva a la vista de la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, si unos gastos de 50 millones de euros comprometidos por unos derechos de sede casan con dichos principios; y 6) se plantea que en esta relación contractual no se cumple el requisito de justicia conmutativa y que partiendo de una cifra de negocio de 34.600.000 euros como ventaja patrimonial de MTP, según sus cuentas anuales publicadas en el Registro Mercantil, si se tiene un empobrecimiento correlativo que asciende a más de diez millones de euros al año para las arcas públicas, se interesa informe sobre si existe causa que sustente esta situación patrimonial.

Si se analizan las cuestiones sometidas a asesoramiento por parte de Carlos Sánchez Mato, al menos alguna de ellas, están claramente relacionadas con el informe jurídico de 12.9.2016 emitido por Nazaret 6 Abogados, lo que a criterio de este Tribunal denota que todavía estaba latente la inseguridad sobre el

contenido de los convenios y acuerdos suscritos por todas las connotaciones que los acusados ya venían poniendo de manifiesto en sus sucesivas consultas internas y externas, según se ha expuesto anteriormente.

Es decir parece que en ese momento la petición de respuestas a dudas planteadas inclusive desde la perspectiva funcional del órgano o departamento competente se convirtió en un bucle interminable que dilataba disponer de un criterio objetivo, estable y seguro, imprescindible para tomar decisiones.

Por tanto, considera este Tribunal, que en esta petición de asesoramiento, se pone de manifiesto con claridad la necesidad de disponer de asesoramiento para poder valorar la modificación de la relación jurídica existente entre el Ayuntamiento de Madrid y MTP y Madrid Destino, anuncio que debe tomarse como bien sintomático de que se mantenían serias dudas, respaldadas a nivel interno y externo, sobre la relación jurídica existente entre dichas partes, que todavía no habían sido despejadas para tomar las decisiones correspondientes.

En este segundo escrito de solicitud de asesoramiento en calidad de Delegado de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, en primer lugar se pide la remisión del expediente completo o la parte que se identifica, dado que no se dispone de la misma, para poder dirigirse a los respectivos órganos emisores, y se interesa valoración sobre la fecha de firma del convenio el 29.12.2011 matizando que podría ser inexistente la causa del nuevo convenio celebrado el 29.12.2011, circunstancia que ya se había puesto de manifiesto en el informe disponible de Nazaret 6 Abogados de 12.9.2016,

Ante la petición del ahora acusado, Sr. Sánchez Mato de nuevo informe a la Asesoría Jurídica, se contestó por escrito el 17 de enero de 2017, firmando también este informe Rafael Requeña Castañol, en el que 1) sobre la documentación interesada, tras dar explicaciones sobre la secuencia en la tramitación de los expedientes administrativo, que la documentación que dispone la Asesoría en la emisión del informe precisa de complementos posteriores que

se van incorporando al expediente a medida que se avanza en su tramitación y que por ello no se dispone del expediente completo se señala que quien debe disponer del expediente completo y actualizado es el órgano gestor, Dirección General de Deportes a quien se puede solicitar el expediente original; 2) sobre la fecha del convenio, se dice que se trata de circunstancias de naturaleza económica que no procede valorar a la Asesoría Jurídica, y en cuanto a la inexistencia de causa del convenio del 2011 consideran que no se da la ausencia de causa, que ha habido una serie de instrumentos jurídicos que han regulado la relación de forma sucesiva, pareciendo claro que no se firmó el convenio sin causa que lo sustentase; 3) entorno a la valoración económica conforme a criterios de mercado de la aportación económica y en especie del Ayuntamiento de Madrid y del retorno obtenido, se dice que se remite a la normativa existente residenciando en el área de Gobierno de Cultura y Deportes las competencias en materia de deportes, y en la Intervención General el control interno de la gestión económica y financiera del sector público municipal y la función contable; 4) sobre la valoración económica y jurídica del porcentaje del convenio de patrocinio en el presupuesto dedicado al deporte se dice que resultaría inadecuado dar respuestas porque se desconoce si el dato del 90% es un dato ajustado a la realidad, y que de ser así en base a la normativa no se determinan límites o porcentajes a que deban dedicarse los presupuestos, que se trata de una apreciación subjetiva política que deberá residenciarse en los órganos de debate correspondiente; 5) sobre la cesión de derechos de sede se dice que la Asesoría Jurídica se limitó a informar sobre la legalidad de los negocios jurídicos sometidos a informe y se desconocen las causas y el proceso a los que se hace referencia, considerando que derechos de sede y patrocinio son cuestiones jurídicamente distintas y separables por lo que el hecho de que se instrumenten de forma separada no infringiría ninguna norma; 6) en relación al control del gasto y eficiencia del servicio consideran que desde el Área de Economía y Hacienda se tienen unos medios personales más adecuados para hacer el tipo de análisis relativo a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de una determinada actuación, pero significando en todo caso que las cantidades

destinadas al pago de los convenios se han incorporado en los presupuestos de 2015 y 2016 y que si estas partidas incumpliesen la normativa citada dicha circunstancia se hubiera puesto de manifiesto por parte de los responsables de la tramitación presupuestaria o del control presupuestario; 7) finalmente en orden a contestar sobre el enriquecimiento injusto sin causa, desconocen las fuentes de ingresos de MTP y que hablar de empobrecimiento para las arcas públicas es una apreciación subjetiva que no puede ser objeto de valoración jurídica, y que a su juicio existe un desplazamiento patrimonial con base a una serie de negocios jurídicos que a día de hoy son válidos y eficaces en aplicación de la ley.

Las anteriores contestaciones escritas de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, fueron explicadas en el juicio oral por el Director General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid y por el Letrado firmante de los informes emitidos.

Ángel Luis Ortiz González, entonces director general de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, se ratificó en los informes que fueron emitidos, y explicó que tuvo conocimiento de las dudas de los acusados, hay un informe hecho por un letrado que también firmó y que llegaron a entrar en el fondo de las cuestiones dudosas que les hacían llegar; se remite a lo que conste, que él de forma genérica conoció las cuestiones y dudas que tenían los acusados, pero que había cuarenta letrados y él los turnaba a los letrados que correspondieran, que tiene noción, pero profesionalmente y con detalle no podría afirmarlo, que él no hizo el informe aunque el letrado que lo hizo despachaba con él y de palabra comentaban la situación; que el expediente completo de Madrid Open no lo vio, lo comentó con el letrado, y la conclusión es que no había irregularidad jurídica que pudieran detectar ellos, cosa que en derecho es relativo, el tema era más un problema económico, se pagaba una cantidad que había personas que les parecía o podía parecer excesivo lo que el Ayuntamiento aportaba para este Master.

Siguió detallando este testigo en el juicio que en la reunión que él tuvo estuvo con Luis Cueto el coordinador general de la alcaldía, y luego con el acusado, y no sabe si a esa reunión que fue llamado como Director de Asesoría, no sabe si llevó al letrado que se iba a ocupar del asunto, esa reunión era con carácter previo o simultánea a la petición que les habían hecho para que la Asesoría se pronunciara, no recuerda la fecha, en esa reunión hablaron de este asunto; Carlos planteaba las dudas fundadas que él tenía, ellos estaban para escuchar porque necesitaban ver la documentación para luego hacer el dictamen, debatieron los tres conceptos del convenio, los derechos de sede, el patrocinio y el tercer punto era el arrendamiento de la Caja Mágica, aquella reunión era con carácter previo a la petición y por prudencia nunca aventuran una conclusión sin haber tenido acceso al fondo de la documentación, les pidieron los informes que hay, dos tal vez, uno no firmó el declarante, y luego otro posterior que no sabe si estaba o no firmado por él, el informe del letrado que lo hizo siempre le informó al declarante, debatieron y luego elaboró el informe, se remite al contenido de los informes, no sabe cuántas cosas le preguntaron y cuántas cosas ellos contestaron, es habitual, la Asesoría no es un órgano de gestión y todos los informes que hacen, lo hacen en la mayoría de las ocasiones con los expedientes que están en los órganos de gestión, en este caso supone que estaría en el Área de Deportes, les facilitan todo el dossier que tenían y sobre esa documentación trabajaban.

Este testigo explicó que la Asesoría Jurídica es el órgano asesor del Ayuntamiento, que las empresas públicas tienen capacidad para tener su propia asesoría jurídica, la Asesoría del Ayuntamiento no asesora formalmente a las empresas públicas, pero excepcionalmente en alguna ocasión, de manera formal e informal ante una cuestión jurídica muy compleja, las empresas públicas podían pedir o llamarles, formal o informalmente, un asesoramiento.

Que en la Asesoría trataban siempre de dar respuesta a lo que pedían, la complejidad es subjetiva y no se atreve a decir sobre la complejidad de este convenio; hicieron el informe y lo dejaron por escrito, cada empresa tenía un asesoramiento jurídico interno, él no controla si lo podían externalizar, recuerda

que alguna entidad muy potente tenía su propia asesoría y el resto no sabe si contrato por cada problema y contrataban a un letrado, no lo sabe.

También este testigo significó que el acusado Sánchez Mato planteaba dudas fundadas para él, cuestionaba básicamente la cuantía y era razonable escucharle y las dudas que les hacía llegar les hicieron ver y estudiar con detenimiento, como estaba la situación; explicó el testigo que la gestión del convenio y los datos económicos no era competencia de la Asesoría, pero recuerda que se había producido una reducción en la aportación económica del Ayuntamiento, no sabe si se lo dijeron o lo vio en prensa, cree que en relación al número de entradas que la organización mandaba al Ayuntamiento, se consideraba que no era de recibo que el Ayuntamiento recibiera un número de entradas tan amplio.

Detalló el testigo que el problema de fondo era que Carlos Sánchez Mato consideraba que se estaba pagando un dinero excesivo pero no sabe cantidades, inicialmente su planteamiento era que había dudas económicas y jurídicas, y al acabar el proceso de estudio y revisión la conclusión a la que llegaban era básicamente que en lo económico no entraban ni salían como Asesoría, y que en lo jurídico consideraban jurídicamente que el convenio era correcto.

Explicó este testigo que a diferencia de lo que sucede con las empresas públicas del Estado, el régimen es similar a las empresas municipales, pero en ese caso hacen convenio con Abogacía del Estado que prestan servicio a empresas del Estado, en su época no había ningún convenio firmado entre empresas municipales.

Finalmente el testigo afirmó que todos los informes de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento ninguno es vinculante, el órgano consultante, Madrid Destino, tenía libertad de valoración, los informes de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento estaban sujetos a un mejor criterio de cualquier otra persona que lo valore.

El testigo **Rafael Requena Castañol** relató que recordaba una reunión con Ana Varela sobre el Open de Tenis, y no recuerda ninguna más pero no supone que no se hicieran dado el tiempo transcurrido, que la reunión no sabe si fue antes o después del informe emitido, hubo varios informes, que la reunión fue a raíz de un informe facultativo que se pidió, para tratar los asuntos relacionados con Madrid Open.

Con respecto al informe de fecha 10.3.2016 el testigo se remitió a lo que conste en el informe, puede ser que se preguntara todo muy genérico, en el primer informe, no recuerda, les remitían a la Dirección General de Deportes para el expediente completo, se imagina que como concejal o como órgano directivo del área pudieran tener acceso, sí recuerda que los convenios tenían todos los informes preceptivos; en la parte que ellos tenían conocimiento no vio ninguna irregularidad sino no se hubiera informado favorablemente al convenio, había algunas valoraciones que desde la Asesoría Jurídica no podían hacer porque eran de naturaleza económica y les remitían al departamento correspondiente.

El segundo informe, si era una cuestión que no era de valoración jurídica se remitía a otros departamentos para cuestiones de gestiones técnicas o valoraciones económicas, para cuestiones económicas dependía de la Dirección General de Presupuestos, se podría haber solicitado informes a otros departamentos del Ayuntamiento; sobre si el enunciado de alguna de las solicitudes de informe hacía referencia a posibles acciones penales, no lo recuerda, lo que conste en los informes, conforme al ROGA de Madrid y la delegación competencias de la Junta de Gobierno eran órganos directivos y tenían la posibilidad de solicitar informes, son sociedades mercantiles que tienen su propio departamento jurídico y tendrán o no sus propios abogados, y si no los tienen lo externalizarán igual que otras sociedades; no sabe si debería informar su asesoría jurídica, quien no debería informar es la Asesoría del Ayuntamiento al no tener firmado convenio con esa sociedad.

Este testigo indicó que comprobaron la existencia de los informes, el sentido de los mismos y se entró al detalle de la cuestiones sobre las que se exigía un pronunciamiento de naturaleza jurídica que era sobre las que podían emitir informe; cree que no tenían el informe completo, no lo puede asegurar; que hubo algunos puntos que no se contestaron porque eran informes de valoración de hechos o de naturaleza económica que no le correspondía.

En relación a la emisión de informes de naturaleza facultativa no exigidos por la normativa aplicable, explicó el testigo que las instrucciones internas que tenían en aquel momento determinaban que la emisión de informes facultativos debían concretar la duda que se preguntaba, que no era admisible la solicitud de informe sobre cualquier cuestión legal, de manera que no tiene naturaleza auditora la intervención de la Asesoría Jurídica, sí sobre una duda jurídica o jurisprudencial que previamente haya sido estudiada por el órgano consultor; que los informes no son vinculantes, sean preceptivos o facultativos y en nada obstan a la decisión del órgano consultante, se realizan sin perjuicio del mejor criterio fundado en derecho.

Teniendo en cuenta las declaraciones de estos dos testigos, aparte de ratificar el contenido de los informes escritos emitidos por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, se confirmaron las dudas existentes para los consultantes, en este caso, Ana Varela y Carlos Sánchez Mato, y que tuvieron reuniones con ellos sobre todas las cuestiones que les suscitaban dudas.

Por el primero de los testigos se llegó a calificar como dudas fundadas las planteadas por el aquí acusado Sr. Sánchez Mato, que las dudas que tenían eran económicas y jurídicas, afirmando que era razonable escucharle, en ningún momento por parte de los testigos se indicó que fueran descabelladas las explicaciones que interesaban ni las peticiones formuladas por los ahora acusados, aunque evidentemente ambos testigos confirmaron que, según su criterio, los convenios suscritos tenían todos los informes preceptivos y que no apreciaron ninguna irregularidad o falta de legalidad, y que ciertamente les

remitieron a otros departamentos para obtener respuesta a alguna de las consultas formuladas; confirmando también que los informes que emitió la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, no suponían obstáculo al mejor criterio que pudiera tener el órgano consultante.

Por lo expuesto, con las contestaciones de la Asesoría Jurídica municipal, parece que se llegó a un punto en que las posibilidades de conseguir claridad o seguridad técnica a nivel interno municipal en lo referente a las cuestiones suscitadas en torno a las relaciones con MTP vinculadas al torneo de tenis, estaban seriamente limitadas, y ante la inminencia de cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de Madrid Destino, y la incertidumbre agravada con el informe de Nazaret, a criterio de este Tribunal, a la vista del resultado de los sucesivos intentos realizados para aclarar la situación contractual vigente por Ana Varela, como se ha dicho, tanto a nivel interno informal en el Ayuntamiento, como a nivel formal a través de consulta a la Asesoría Jurídica, y luego a nivel externo de asesoramiento técnico jurídico a resultas del cual se obtuvo una fundada opinión que inclusive acrecentó las preocupaciones de la responsable aquí acusada Sra. Varela, la petición de nueva consulta a la Asesoría Jurídica Municipal ahora por el Delegado de Economía y Hacienda, Sr. Sánchez Mato, denota la insistencia de poder conseguir con los medios disponibles en el Ayuntamiento un aproximación técnica a la problemática detectada, antes de tener que acudir al asesoramiento externo, dada la dimensión de las consecuencias que pudieran derivarse de las irregularidades detectadas; desde luego en esas circunstancias y con la información hasta entonces disponible, parece lógico y nada exagerada la insistencia asesora solicitada, ahora bien, a la vista de la contestación recibida -ajustada al ámbito de competencias de la Asesoría Jurídica- que no colmaba ni daba respuesta a todas las cuestiones planteadas, desde luego no parece extravagante ni delirante, acudir a asesoramiento externo para poder conseguir respuestas a todas las incertidumbres detectadas y poder actuar fundadamente en consecuencia y en defensa de los intereses públicos.

En cuanto a la declaración prestada por la acusada **Celia Mayer Duque**, en el juicio explicó, en síntesis, que era Delegada del Área de Cultura, Deportes y Turismo del Ayuntamiento de Madrid y Presidenta de Madrid Destino, y que tuvo que hacer frente al reparto de una de las principales contraprestaciones del contrato, haciendo referencia a la asignación de palcos, entradas de hospitalidad, sky line, zona de copas, y que pidieron un registro de cómo se había repartido anteriormente esa contraprestación que era muy importante para el contrato y no existía ningún tipo de registro, pero había otros elementos desde la complejidad jurídica propia del convenio y acuerdo, hasta el propio volumen del contrato, eran nueve millones de euros que suponía el presupuesto anual de la Dirección General de Deportes, era de 15 millones y este contrato era por 10 millones; era un volumen muy importante que se gastaba en dos semanas en relación al volumen total; confirmó que la empresa pública tiene fiscalización.

Explicó la acusada que nada más incorporarse como Delegada y como Consejera Presidenta de Madrid Destino, MTP les hace una reclamación de 32 millones de euros por sobrecostes en Caja Mágica y llegaron a un acuerdo y pagaron 6 millones; tenían preocupación en el ámbito financiero de la empresa por este tipo de costes en un contexto de máxima austeridad, y que la preocupación era elevadísima, que había una serie de relaciones, exigencia de pagos por cambio de color en pistas, master junior, había situaciones que no les daban seguridad jurídica, y tenían que afrontar unos pagos por razón del contrato.

Detalló la acusada que estuvo de baja por maternidad entre el mes de octubre por el nacimiento de su hija y que no participó en elaboración de esos contratos, estaba de baja; que es consciente del primer informe de asesoría jurídica, y de la no respuesta que se da en ese informe, solo se responde a tres, no hay convenio entre las partes, y no entran en cuestiones económicas; afirmó que no le dio instrucciones a Ana Varela para investigar en determinado sentido, ha defendido siempre la legalidad y el interés público de los madrileños, no tenía animadversión por ningún Consejero del Partido Popular, no conocía a los

abogados ni de Nazaret, ni de los otros despachos, durante ese periodo no desempeñó ninguna función.

Nuevamente este Tribunal, percibió esta declaración como segura, precisa y coherente con las declaraciones de las otras dos personas acusadas y con el resto de pruebas practicadas para desacreditar la sostenibilidad de la acusación formulada; hay que poner de manifiesto que el único escrito acusatorio del Grupo Municipal del Partido Popular, particularmente por lo que respecta a esta acusada, hace un relato absolutamente generalista causante sin duda de indefensión, en cuanto que solo le atribuye una única conducta individual, aparte de imputar a todos los acusados una ideación y actuación conjunta, que es la de firmar la denuncia que se presentó ante la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, sin precisar en ningún momento dicho escrito acusatorio una posible reunión, indicación, resolución o participación concreta de esta acusada en los hechos imputados, a salvo como se ha dicho la interposición de la denuncia.

Y ello sin duda que es congruente por la situación laboral privada en que esta acusada se encontraba durante la sucesión de los hechos imputados, tal y como la propia acusada explicó en el juicio, y corroboró aportando prueba documental donde constan los períodos durante los que disfrutó de licencia y permisos legales entre el 17 de octubre de 2016 y el 16 de febrero de 2017, no hay que olvidar que la denuncia ante Fiscalía tiene fecha de 23 de marzo de 2017, y que esta acusada como Presidenta del Consejo de Administración de Madrid Destino, tenía, entre otras funciones, la de actuar en nombre del Consejo de Administración, llevando su representación en toda clase de pleitos y procedimientos y en los recursos judiciales y administrativos pertinentes.

En definitiva, considera este Tribunal que la resolución calificada como prevaricadora, en absoluto reviste tal carácter; la decisión de contratar servicios profesionales externos, dictada en el ámbito competencial de la parte acusada, responde a la necesidad imperiosa de disponer de respuestas globales y

particulares sobre la complejidad de relaciones jurídicas entre el sector público municipal y una empresa privada, que tenía un resultado exponencial económico llamativo, no sólo para la parte acusada, sino para terceros, y el hecho de que la Asesoría Jurídica informante no apreciara irregularidad alguna en los cuestiones sobre las que dio contestación al órgano consultante, a criterio de este Tribunal no obliga, sin más, a aquietarse por parte de las personas responsables acusadas máxime cuando las incertidumbres puestas de manifiesto bien por escrito, bien verbalmente, eran razonables, legítimas y se referían a aspectos verdaderamente relevantes, no sólo sobre el cumplimiento pasado de los pactos asumidos, sino de cara al futuro más inmediato.

En este contexto, ahora hay que valorar el acervo probatorio del procedimiento seguido para la contratación del asesoramiento externo a dos despachos profesionales a cargo del presupuesto de la empresa municipal Madrid Destino, y si el procedimiento seguido era el adecuado en términos de regularidad asumible desde la óptica jurídica, dado que ya se ha confirmado que la contratación acordada sí se adoptó en el ámbito de competencias que competían a la parte acusada, y que la decisión adoptada era legítima, razonable y estaba justificada.

Efectivamente, y como ya se anticipó la acusada Ana Varela en el juicio oral explicó que ya incorporada a sus responsabilidades como Consejera Delegada de Madrid Destino, designada por unanimidad para este cargo, y tras todas las gestiones realizadas con el resultado insatisfactorio o incompleto y confuso obtenido, y dado que en Madrid Destino no había profesionales cualificados para hacer la valoración que necesitaba y atendiendo a los términos del informe emitido por Nazaret 6 Abogados, según se ha expuesto precedentemente, y que a pesar de seguir las recomendaciones de este despacho requiriendo a MTP para que les facilite y acredite los derechos de sede sin que les aportaran soporte documental al efecto para justificar la titularidad sobre dicho derechos, y ante la premura de tener que pagar la factura del convenio, es cuando ya plantea a su asesora jurídica, Ana Yáñez, cómo podían contratar el

necesario, cualificado asesoramiento jurídico que les diera certeza sobre todas las dudas razonables, legítimas y fundadas que planeaban sobre distintos elementos técnicos y económicos derivados de los convenios y acuerdos suscritos, siendo contestada por dicha responsable del área jurídica en el sentido de que no tenían que acudir a los procedimientos de la ley de contratación pública, y que no era la primera vez que se hacía, que era algo habitual y ello sin necesidad de existir un procedimiento judicial en curso; confirmó el precio pactado, 50.000 euros sin IVA, y que al encontrarse en el ámbito de sus competencias decidió hacer el encargo para disponer de una perspectiva cualificada en derecho público, económico y administrativo y también de derecho penal, todo ello para conocer la forma correcta de actuar, civil porque cabía la nulidad del contrato, podía ser penal o administrativo.

Esta versión absolutamente creíble, se confirma con otras pruebas personales y documentales practicadas, que confirman además que desde luego no se acudió a los dos despachos profesionales por razones personales o de favoritismo caprichoso.

Así, por ejemplo, el testigo **Bernardino Sanz Berzal**: en síntesis, en el juicio explicó que fue Director General de Economía cuando los acusados ostentaban los cargos de Consejeros Delegados de Hacienda y de Cultura, y Consejera Delegada de Madrid Destino, mientras que el testigo entonces llevaba la Subdirección de Análisis Económico desde 2004, y el declarante era miembro del Consejo Administración de Madrid Destino cuando suceden los hechos.

Relató este testigo que cuando llegó al puesto de director se había encargado un contrato menor previo analizando esta cuestiones y había inquietud sobre el pago de facturas, fue el realizado por el despacho Nazaret, y a raíz de este trabajo se sacaron las dinámicas de cómo habían ido aumentando las retribuciones, se habían hecho comparativas con otros torneos ATP, y la dinámica de crecimiento y comparativa con esos torneos, algunos, era importante y sabe que había inquietud porque había que pagar unas facturas, no recuerda

cuando se empezó hablar de esto, se habló en el Consejo de Administración fue en el mes de febrero o marzo, ha intentado ver las actas pero no tiene acceso, en las actas estará, supo que la contratación se hizo mediante contratación directa, si se comentó en el Consejo no lo sabe, no le pareció extraño porque no sabe la habitualidad pero sí se hace y más que en este caso existía otro informe de Nazaret en el que se intuía que podía haber irregularidades, o parecía, además cree que la memoria que se hizo desde Madrid Destino se argumentaba eso la premura de tiempo que había por tener que pagar esa factura, sí había adjudicaciones directas, no sabe la habitualidad con que se había hecho en otras ocasiones.

Dijo el testigo que el Consejo de Administración tuvo conocimiento de la interposición de la denuncia por las irregularidades detectadas, en esa época, no sabe febrero o marzo o abril, recuerda que en uno de esos Consejos que no estuvo, no siempre podían ir, supo que se había comentado todo esto, fue en una reunión que él no estuvo hubo algún miembro del Consejo que se mostró en contra que se hubiera hecho, debe estar recogido en las actas, que con anterioridad al escrito de la Fiscalía cree que no se comentó en el Consejo de Administración, pudo ser en el anterior, pero no recuerda, pero que para la presentación denuncia no se requiere autorización del Consejo de Administración.

Por último este testigo fue preguntado sobre sí la aquí acusada Ana Varela tenía dudas fundadas y explicó que sí y que desde luego el propio testigo las habría tenido para pagar esa factura.

Nuevamente nos encontramos con un testigo cualificado por su responsabilidad profesional en el momento de los hechos y como integrante del Consejo de Administración de Madrid Destino, que corrobora las estrictas preocupaciones profesionales de la aquí acusada Ana Varela, inclusive este testigo explicó en el juicio que se habían hecho comparativas con otros torneos de la ATP, por ejemplo con el Torneo de Roma, y que había inquietud además

porque había que pagar unas facturas, testigo que corroboró que la contratación directa no le pareció extraño máxime cuando existía otro informe anterior en el que se intuía que podía haber irregularidades o al menos parecía, reiterando que se había hecho en otras ocasiones, y también confirmó que para presentar la denuncia no se requería autorización del Consejo de Administración.

El testigo **Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno**, este testigo explicó que contactó con él Ana Yáñez le comentó una serie de circunstancias, no le dio ningún papel pero le especificó bastante, novaciones anticipadas de contrato, y con la información que le dio le dijo que él lo miraría un poquito más, y el testigo preguntó sobre contratos subyacentes, y le dijo que no los tenía, diciéndole el testigo que desde luego él en esas condiciones indagaría; aclaró el testigo que su especialidad es el derecho penal económico, delincuencia de cuello blanco, y que por aquella fecha estaba recién contratado por la Abogacía General del Estado para hacer un dictamen como perito ante tribunales estadounidenses y tenía mucho trabajo y le resultaba imposible asumir ese compromiso, y recomendó a Juan Manuel Ruiz Sanz; que Juan Manuel es compañero de carrera, y cuando le llegan al testigo cosas que no puede asumir se lo encarga a él, pero sabía que había defendido intereses del Partido Popular en temas penales y les parecía importante porque pertenecía a otra orientación política en el ayuntamiento.

También aseguró el testigo que no vio documentación, y que en cuestiones penales le parecía que había que profundizar porque le olía mal, la cuestión de derecho público no la trató, le preguntó al testigo si eso podía generar responsabilidad en personas jurídicas, y le dijo que tuviera en cuenta además que hay responsabilidad de las personas jurídicas, en 2015 acababa de entrar en vigor la Ley Orgánica y se incluía la malversación como uno de los delitos que se podían incluir.

Por tanto, también este testigo experto cualificado en derecho penal económico, fue consultado sobre las sospechas detectadas, y consideró más que razonable aclarar la situación, y corroboró que fue él quien aconsejó el

asesoramiento desde la perspectiva penal por parte de Juan Manuel Ruiz, anticipando que antes este otro experto había asesorado al Partido Popular.

En definitiva, se confirma que desde Madrid Destino se extremaron las consultas previas antes de abordar la contratación, que no se atendió a criterios de favoritismos particulares o intereses predeterminados para conseguir un resultado querido; sino todo lo contrario, a la búsqueda de expertos altamente solventes que ofrecieran una visión integral de todas las cuestiones suscitadas, fundada y legítimamente; resultado probatorio que también se consolidó y corroboró con la completa declaración testifical de la responsable, en aquella fecha, del área legal de Madrid Destino.

La testigo **Ana Yáñez Vega** declaró como testigo y explicó, en síntesis, que trabajó en Madrid Destino, llegó en mayo de 2016, era directora del área legal, que era una especie de asesoría jurídica de Madrid Destino; cuando llega se había solicitado un dictamen a un despacho a Nazaret sobre las relaciones de Madrid Destino con MTP, en Madrid Destino tenían los documentos relacionados con la empresa, pero era una relación triangular, con Ayuntamiento y MTP, ellos tenían la parte de documentación de Madrid Destino y alguno de los convenios firmados por el Ayuntamiento, el área legal no estaba haciendo esa averiguación, era desde la dirección de la empresa, se intentaba ver qué relaciones había ahí y cómo se estaban articulando públicamente, revisó el asunto jurídicamente, la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento tampoco tenía todo el expediente completo; son dos personas jurídicas distintas, Madrid Destino y el Ayuntamiento, ellos tenían alguno de los documentos en el expediente de Madrid Destino, cuando analiza los documentos que tiene, se emite un primer informe cuando se contrata ella no estaba llega después, se emite ese informe, lo revisaron y siguieron las pautas que el informe les recomendaba porque había bastantes dudas con MTP, se pidió si no recuerda mal, tanto a la empresa, a MTP como asociaciones internacionales de tenis, WTA Y ATP, que les mandaran el soporte documental de lo que Madrid Destino estaba pagando, según los contratos que tenían en la sociedad estaba pagando los derechos de sede, y sin

embargo esos derechos de sede no aparecían en ningún sitio y era la factura más alta que era de 5 millones, era un negocio jurídico valorado en 5 millones y no tenían soporte documental, es lo que les recomienda Nazaret, pero es que la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento también lo dice que no había un soporte documental de esos 5 millones de dólares, en el informe de Nazaret lo dice y en los informes que emitieron los abogados también lo dice, cree que había algún informe que lo que decía, es que nunca tuvieron el papel de que MTP tenía los derechos de sede, y las asociaciones internacionales de tenis tampoco se los llegaron a dar, estaban viendo si pagaban una factura de 5 millones de dólares cuyo soporte documental no existía o no tenían; ellos dijeron que sí tenían esos derecho de sede pero no les mandaron ese soporte documental; era un contrato que firmaba Madrid Destino y no tenía por qué tenerlo el Ayuntamiento dado que lo pagaban desde Madrid Destino.

Esta testigo confirmó que fue ella quien hizo la memoria justificativa, y que en este contrato igual que en todos los demás contratos, se siguió el mismo procedimiento que en los demás, lo que hace es valorar si se puede contratar por una determinada necesidad, el mecanismo jurídico para hacerlo efectivo, la necesidad de contratación parte de la dirección de la empresa, y desde el área legal ven que está justificado porque había un informe de Nazaret que decía que el contrato firmado por Madrid Destino con MTP no tenía causa, no se sabían muy bien qué se estaba pagando, que era una extensión del patrocinio pero no tenía causa distinta, y no se sabe a partir de qué momento se desdobra y empiezan a pagar, y ante la inminencia de tener que pagar una factura de 5 millones que se pagaba a comienzos de año y ya en vigor la ley de morosidad que suponía pagar intereses, se necesitaba la adecuación a derecho para evitar que la empresa incurriera en cualquier tipo de responsabilidad, la testigo dijo que no sabe en qué condiciones se decidió pagar la anterior factura, ella no estaba.

A continuación relató esta testigo que la preocupación que hay en Madrid Destino es estar incurriendo en responsabilidad penal por parte de la empresa, que ellos no ven clara la relación con MTP, que el informe de Nazaret lo pone de

manifiesto y dice que ese contrato puede no tener causa, y desde ese momento se tienen dudas razonables si se podía pagar a esa empresa con total seguridad de que se estaba habiendo algo lícito, y en base a ello en su memoria dice la necesidad de contratar un informe jurídico, el área legal de Madrid Destino no tenía capacidad, cuando ella llega le llegó un informe de riesgos psicosociales que está hasta arriba de trabajo, y el área legal era un área legal especializado en la contratación artística, porque Madrid Destino se dedica, ejecuta los programas culturales del Ayuntamiento y no había ningún especialista en derecho penal ni ella tampoco lo era.

También confirmó la testigo que en este tema su relación directa era con Ana Varela Consejera Delegada de la empresa, no sabe si ella hablaba de estos temas con los otros acusados, en ese tema y en todos los demás, en el año y poco que trabajó en Madrid Destino no recuerda si vio a los otros acusados una o dos veces.

Lo que recuerda es que se tenían dudas desde antes que ella entrara a trabajar, la responsabilidad como persona jurídica, no sabía si existía o no delito, no se está encargando un informe con un resultado sino un informe que aclare la relación entre Madrid Destino y MTP, que cuando ella entra a Madrid Destino Ana Varela es Consejera Delegada y había varios informes de la Asesoría Jurídica que dice que no son vinculantes, y que en esos informes no se planteaba responsabilidad penal, pero había algunas cuestiones que no se contestaban.

Se siguió relatando por la testigo que la necesidad de contratar abogados es una necesidad que viene de la dirección de la empresa, en la elección de los letrados hay una doble participación, la elección es de Ana Varela y desde el área legal hacen una comprobación de que esas personas cumplen los requisitos para realizar esa labor, como hacen igual en otros contratos, constatan que esa persona se dedica a eso y lo puede hacer.

La testigo afirmó tajantemente que Madrid Destino sí podía contratar de manera directa, y exhibido el folio 1051 señala que es una nota interna; lo que ocurre con la nota es que al igual que establece la directiva 24/2014, entiende que un asesoramiento vinculado con una posible representación en proceso, estaba entendido en esta descripción; es un instrucción del Ayuntamiento, se refiere a la Directiva 24/2014 que se aplicaba desde abril 2016 que España transpuso al ordenamiento jurídico.

A continuación la testigo explicó que en el expediente está la hoja de encargo y está una posible denuncia a la Fiscalía o a querrela, que la hoja de encargo es una hoja única para las dos cuestiones en donde se solicita un informe específico sobre responsabilidad de Madrid Destino en base al artículo 31 bis del Código Penal pero que requiere previamente vis atractiva sobre las relaciones existentes entre Madrid Destino y MTP, la situación es terriblemente compleja, habla del contrato último de Madrid Destino pero parte del año 2001 más de quince años donde ha habido sucesivas novaciones que no dejan terminar los plazos que están en vigor, hay una intervención del Ayuntamiento de Madrid pero también de la de una empresa municipal que es la reunión de tres empresas previas, que es difícil para valorar previamente.

Añadió la testigo que Madrid Destino no tenía ninguna informe pendiente, quizá si el Ayuntamiento pero Madrid Destino no tenía ningún informe pendiente, y que se estaba tratando de contrastar si la actividad de Madrid Destino y si el pago era ajustado a derecho, y que tenían una urgencia porque la factura había que pagarla de forma inminente, que era una situación complicada que había que desbrozar y después de hacer todo lo que estuvo en su mano, pedir el soporte documental, lo que decidieron es que había que encargar un informe para ver si podían pagar la factura con todas las garantías, esa fue la forma que se eligió contratar a dos despachos, que Nazaret había contestado a las cuestiones preguntadas en un contrato, que no dependía de ella porque no trabajaba en Madrid Destino; que se eligió a dos despachos que podían dar respuesta de forma urgente porque había que pagar la factura ya.

De igual modo esta testigo corroboró que los despachos en Madrid Destino se contrataban así, los despachos, los seguros, los procuradores, la asesoría fiscal, que había una contratación que se hacía de esa forma, que haya adjudicación directa no significa que no se siga el procedimiento, que hay memoria, el departamento financiero constata que hay expediente que responde a una documentación, que sí hay procedimiento y se utiliza el de adjudicación directa.

Además, la testigo confirmó que participó en el contrato con los letrados, como participaba en muchos contratos de Madrid Destino, el contrato se hizo específicamente y se dice que si hay algún otro encargo que se tendrá que hacer una nueva hoja de encargo a través de un anexo, se contemplaba un pago de 50.000 euros para la actuación que se había puesto de manifiesto, las otras actuaciones en caso de producirse se tendrían que hacer a través de un anexo objeto de nueva contratación, esto comprendía lo que se estaba pidiendo por 50.000 euros, la contratación era por los dictámenes y análisis, pero que no variaba la forma de contratación aunque la cuantía fuera superior a 50.000 euros, no es cuestión de valor porque no se aplica el texto refundido, que había bastantes despachos de Abogados, Cuellar, Sagardoy, que se les contrataba directamente por cuantía superior a 50.000 euros.

Con respecto a la memoria económica que realizó la testigo explicó que se hace cuando se sabe con certeza, cuándo son los despachos que van a ser contratados porque la memoria gira en torno a eso, cuando entran en contacto con los despachos de abogados hablan si iban a ser capaces de emitir el informe en ese tiempo, antes de saber con quién iban a contratar tenían que saber si los despachos iban a poder realizar esta actividad de forma inminente, que la documentación que hay es bastante grande, porque trae causa desde 2001, y los despachos también tenían que revisar la documentación para ver si iban a poder hacer el informe en ese plazo, tenían un momento en que tenían que pagar la factura, y ese era el tiempo que tenían para saber si podían pagar o no, que no recuerda cuando recibían la factura y cuándo se tenía que pagar, pero si se pagó o

no, no dependía del área legal sino del departamento financiero, no lo recuerda si se pagó, que tuvo conocimiento de que se iba a interponer la denuncia como se interpuso, autorización para contratar no era necesario porque la cuantía del contrato tenía unos niveles donde la Consejera Delegada podía contratar, el Consejo de Administración intervenía los contratos superiores 500.000 euros y no era necesaria la autorización del Consejo para contratar en este caso, que ella no tenía relaciones con el Consejo de Administración, ningún Consejero le preguntó nada, no tenía relación, había otro compañero, que se le facilitaría a los abogados la documentación de que disponían; no recuerda si había estudios económicos, sí recuerda que en alguno de los informes se hacía referencia a que precisamente no existía una valoración económica de los retornos, que el tema económico era muy importante, y en el informe de Alemany se ponían las cantidades por años, al principio eran menos de tres millones de euros y acabaron siendo casi diez,

Esta testigo también confirmó que Ana Varela no decidió el procedimiento concreto para contratar, aunque la necesidad de contratar la detecta la empresa, Ana Varela, y esa necesidad pasa al área legal y ellos determinan cómo se tiene que articular esta relación, lo hicieron con este contrato, y con todos los contratos, tenían cientos de contratos, y era el área legal quien decía si era contratación directa, era el área legal quien determina cual es el procedimiento jurídico para contratar, porque había mucho personal de Madrid Destino que no tenía formación jurídica y se tenía necesidad de contratar; que Ana Varela no le dijo que tuviera interés en un resultado concreto, sino una gran preocupación de que la empresa actuara en el marco de legalidad, dijo muy elocuentemente esta testigo que ojalá no se hubiera encontrado nada, todo lo contrario.

Relató esta testigo que una de las preocupaciones de Ana Varela era que antes Madrid Destino cobraba 8 millones y no pagaba nada, y luego lo que hacía era pagar 5 millones de dólares e ingresar algo más de dos millones y medio, eso es lo que ponía de manifiesto el informe de Nazaret que en un momento

determinado las relaciones son con el Ayuntamiento y a partir de un año determinado comienza la triangulación, era verdaderamente la preocupación, que había habido un incremento muy importante de las cantidades que se pagaban en la triangulación, lo que al final se estaba pagando por el sector municipal; que Madrid Destino es una empresa participada al cien por cien por el Ayuntamiento y hay un incremento importante sin una causa aparente y esa es la preocupación que hay por si se podía incurrir en algún tipo de responsabilidad penal en ese caso, lo que pretendía era defender los intereses públicos, que no recibió ninguna indicación concreta en ese sentido ni por parte de Carlos Sánchez Mato ni de Celia Mayer, que se hacía de manera interna en el área legal de Madrid Destino, tenían autonomía para hacer este tipo de documentación, que no llegaron a tener el soporte documental de los derechos de sede, que cuando se requiere a MTP responde con largas y sin aportar la documentación de esos contratos, no recuerda si reclamaba algún pago.

La testigo confirmó que no se dieron indicaciones a los despachos en un fin o en otro para presentar una denuncia en Fiscalía.

Y también relató la testigo que antes se hacía con adjudicación directa, que era legal en la contratación directa hasta donde a ella le llega, Madrid Destino al ser empresa municipal no tiene intervención previa como tiene el Ayuntamiento, ellos tenían una fiscalización a posteriori, la Cámara de Cuentas está ahí y nunca hizo reparos sobre que esa forma de actuar fuera irregular.

También fue preguntada sobre la Directiva 24/2014, febrero, artículo 10 y explicó que ha habido varios pronunciamientos de organismos oficiales de la Junta Consultiva y de la Abogacía del Estado dando por bueno este tipo de contratación, y que en la valoración de los contratos no se incluye el IVA, y que siguió las indicaciones del informe cuando lo recibieron, no cree que fue área legal quien escribió a MTP, sería la directora de Innovación Social, o la Consejera, si tiene constancia de la falta de respuesta a los requerimientos de MTP.

En definitiva, esta testigo cuyo testimonio resultó también muy relevante y creíble, confirma las sospechas fundadas y razonables de la/el acusada/o sobre determinadas cuestiones vinculadas a la legalidad jurídica -contrato sin causa, falta de contestación de MTP para aportar el soporte documental de los derechos de sede- y al marco económico de los convenios y acuerdos suscritos con total incidencia en las obligaciones legales y económicas de la empresa municipal Madrid Destino; también confirmó que esta empresa no tenía todo el expediente completo, dado que se trataba de una relación jurídica triangular, todo ello sin olvidar que Madrid Destino era consecuencia de la fusión de otras tres empresas municipales anteriores.

Altamente significativo fue este testimonio en orden a detallar el procedimiento seguido para la contratación de los despachos que emitieron los informes, afirmando con total rotundidad que no fue la acusada Ana Varela quién decidió el procedimiento a seguir, sino el área legal de Madrid Destino dirigido por esta testigo, se siguió el procedimiento habitual en estos casos, adjudicación directa dando detalles sobre la interpretación de la Directiva 24/2014, y que por el nivel económico del contrato la Consejera Delegada tenía competencias al efecto, y que estaba sometido a control mediante fiscalización posterior; de igual modo explicó las razones de la premura para conseguir los informes jurídicos dado que había que pagar la factura anual y si se producía un incumplimiento se incurría en morosidad por parte de la empresa municipal.

El testimonio prestado, a criterio de este Tribunal, es absolutamente coherente con la memoria justificativa del gasto correspondiente al asesoramiento jurídico de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio que la propia testigo elaboró de fecha 15 de febrero de 2017, folios 39 y siguientes y 281 y siguientes y 1210 y siguientes, y con la hoja de encargo de servicios profesionales de fecha 20 de febrero de 2017.

En dicha memoria justificativa, se detallan los antecedentes y la justificación de la necesidad del gasto, remitiéndose a la revisión que se está

efectuando en concreto sobre el Acuerdo de autorización de adquisición de los derechos de sede del Torneo de Tenis Mutua Madrid Open firmando con MTP el 12 de septiembre de 2012 y anteriores, detectando una serie de posibles irregularidades en las relaciones jurídicas con MTP que precisaban una aclaración, que propició la contratación externa en mayo de 2016 de una auditoría externa para emitir un informe jurídico objetivo sobre dicha situación que fue aprobado por la Dirección General del Sector Público, aclarando a continuación que a partir de 1 de enero de 2017 esta aprobación dejó de ser obligatoria de acuerdo con el Decreto de 15 de diciembre de 2016 del Delegado de Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 5/2016, relativa a los criterios de actuación en la contratación municipal.

Luego se relata el resultado de la auditoría externa de fecha 12.9.2016 en el que se ponía de manifiesto, entre otras cuestiones, que el Acuerdo referido estaba falto de contraprestación para Madrid Visitors, ahora Madrid Destino, incurriendo en una posible causa de nulidad, señalando también que la autorización de adquisición de derechos de sede era una mera extensión del convenio para el patrocinio del torneo referido suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y MTP el 29.12.2011 pero sin otra finalidad que asumir, a cambio de la misma contraprestación que en el convenio, una suma de cinco millones de dólares, concluyendo que se asume un gasto de la organización sin ninguna contraprestación que lo justifique y que este informe también plantea serias dudas sobre el alcance y contenido del contrato que vincula a MTP con ATP/WTA y que supone que no conocer el contenido de los acuerdos suscritos entre éstas es un riesgo jurídico a la hora de formular una estrategia para reevaluar el convenio y el acuerdo complementario, haciendo hincapié en la oscuridad de los gastos de explotación, para luego hacer un resumen de las recomendaciones formuladas por la auditoría externa -Nazaret 6 Abogados-, para luego confirmar que las recomendaciones formuladas relativas a requerimientos a MTP y a WTA y a la ATP no han dado los resultados esperados, y que al haber recibido burofax

de los asesores jurídicos de MTP y la factura del año 2017 surgen serias dudas sobre la legalidad de las circunstancias de la relación de Madrid Destino con MTP y del pago de esa factura por importe de cinco millones de dólares.

Por tanto, esta memoria justificativa es en realidad un compendio explicativo de todas las gestiones, informaciones y asesoramientos previos recibidos que no habían logrado dar respuesta a las cuestiones de legalidad y económicas planteadas, y a informe posterior de Nazaret con conclusiones y recomendaciones bien alarmantes, que también se han confirmado en el juicio oral tras la practicas de las pruebas personales practicadas.

A continuación la memoria justificativa firmada por Ana Yáñez responsable del área legal de Madrid Destino, pone de manifiesto los riesgos que implica abonar una factura de una cuantía elevadísima, cinco millones de dólares, con dudas fundadas sobre si la actuación de Madrid Destino incluso podría ser objeto de responsabilidad penal, lo que se dice que hace necesario y muy urgente encargar un dictamen jurídico penal y para el supuesto de concluir la existencia de indicios suficientes de la posible comisión de cualquier ilícito penal, se analizaría la interposición de la denuncia correspondiente ante la Fiscalía o querrela criminal ante el órgano judicial competente.

Luego esta misma memoria justificativa explica el alcance del encargo, no sólo un asesoramiento jurídico sino también posibles actuaciones de representación y/o defensa en sede judicial si fueran necesarias, para luego ya precisar que para emitir el dictamen jurídico penal será necesario depurar todas las circunstancias fácticas y jurídicas desde las perspectivas del derecho público y privado que concurren en la relación jurídico contractual entre Madrid Destino y MTP, siendo necesario un pronunciamiento expreso desde el punto de vista de los costes económicos de los diferentes acuerdos suscritos entre ambas entidades, siendo preciso un planteamiento integral que partiendo de la vis atractiva del derecho penal, incluya aspectos civiles, mercantiles y administrativos.

Se insiste en esta memoria en la urgencia de contar con el dictamen penal o más rápidamente posible por la obligación de pagar la factura correspondiente a 2017 de manera inmediata y al inicio del montaje del torneo a principios del mes de abril, suponiendo que el informe planteado tenga que estar a finales del mes de marzo para conocer perfectamente las posibles implicaciones del pago de la factura y tomar las decisiones pertinentes.

Al propio tiene la misma memoria justifica la necesidad de acudir a profesionales externos, al no contar con profesionales especializados en el ámbito penal ni en derecho económico unido a la sobrecarga de trabajo del departamento que hacen imposible que en estos momentos y con la premura que se plantea puedan abordar este trabajo, siendo además recomendable que el informe integral sea abordado por profesionales ajenos a Madrid Destino que puedan aportar una visión objetiva e imparcial sobre este asunto.

A continuación se aborda la justificación de la elección de un profesional de absoluta confianza por los valores en riesgo, considerando a este tipo de prestación *intuitu personae*, confiando plenamente en la capacidad, experiencia y discreción del abogado penalista D. Juan Manuel Ruiz Sanz detallando luego sus méritos, y de igual modo la confianza en D. Joaquín de Fuentes Bardají con las mismas premisas de experiencia y discreción, valorando la premura de tiempo y la necesidad de confidencialidad de acudir a procedimientos que preavisarían del riesgo procesal a los posibles implicados que podrían así detenerlo, destacando la confidencialidad como uno de los elementos principales de la tutela de los derechos que se vería muy afectada en el supuesto de recabar distintas ofertas a diferentes profesionales por vía telemática, y que confrontando los principios jurídicos de publicidad y concurrencia, por un lado, y de confidencialidad y secreto profesional por otro, se valora como más adecuados para la defensa de los intereses públicos en juego la absoluta confidencialidad, y que la publicidad de la estrategia procesal puede poner en riesgo la investigación y la propia elaboración del informe integral que aquí se plantea, y que puesto que las actuaciones que se abordan con la petición de este informe podrían desembocar

en el ejercicio de una acción penal hasta no conocer el resultado final del dictamen se hace necesario mantener el carácter reservado de las actuaciones porque así lo exige la protección de los intereses públicos en juego, y que en este supuesto al tratarse de una prestación intelectual en la que no es posible establecer a priori sus condiciones con la precisión necesaria pues la actuación de los profesionales dependerá de los resultados del informe integral, considerando esencial la aplicación del principio de libre elección de abogado como elemento básico del derecho de defensa.

Finalmente, la memoria justificativa de 15.2.2017 firmada por Ana Yáñez, tras identificar a los profesionales que han de llevar el encargo, indica que por lo que se refiere a los honorarios, dadas las características del informe integral a realizar, la premura con la que debe trabajarse, se estima en 50.000 euros más IVA, pagaderos a la entrega del informe, y que los servicios que se solicitan son los estrictamente necesarios para el asesoramiento y defensa de los intereses públicos que representa Madrid Destino.

Por lo expuesto, la anterior memoria, justifica, detalla y explica sobradamente, las razones, la necesidad, la urgencia de la contratación, su objetivo, su incidencia en la toma casi inmediata de decisiones, así como sobre todos y cada uno de los elementos a tener en cuenta para seguir el procedimiento de adjudicación directa.

Procedimiento que, a la vista de las pruebas practicadas, no solamente era habitual, folios 1051 vuelta y siguientes, sino que una interpretación razonable y razonada de la normativa aplicable, descarta que, como exige el artículo 404 del Código Penal, se haya realizado la conducta por la decisión arbitraria e injustificada de los acusados con colisión frontal e insostenible de la legalidad aplicable ni con vulneración de los trámites esenciales del procedimiento para eludir mecanismos de control y fiscalización de la contratación acordada.

Con respecto al procedimiento seguido para contratar a los dos despachos profesionales de Abogados, ha confirmado su regularidad la testigo Ana Yáñez directora del área legal de Madrid Destino en la fecha de los hechos, que fue la encargada de tramitar este procedimiento de adjudicación directa, no sólo se ha probado que el procedimiento a seguir no fue seleccionado y decidido por dicha acusada, sino que fue la propia directora del área legal de la empresa municipal la que determinó el procedimiento a seguir, tal y como dicha testigo ha corroborado en el juicio oral respaldando la versión ofrecida por dicha acusada, sino que la normativa aplicable permitía, con determinadas condiciones, seguir el procedimiento de adjudicación directa; llamando también la atención, como recordó alguna de las defensas de los acusados, que fuera la testigo Ana Yáñez quien como directora del área legal de la empresa municipal elaborara la memoria justificativa antes expuesta para respaldar la contratación con los dos despachos de abogados, y sin embargo, por razones no explicadas por la acusación, no se haya dirigido acusación alguna frente a la misma.

Pues bien, a estos efectos y por exigencias típicas del delito objeto de acusación, prevaricación, en el que deben concurrir los requisitos anticipados en esta sentencia, lo cierto es que en ningún caso puede apreciarse que el procedimiento seguido fuera ilegal de forma contundente y manifiesta ni que careciera de argumentación técnico-jurídica razonable ni por el cauce seguido, ni por la cuantía contratada, y mucho menos que estuviera dirigido a contratar a profesionales ad hoc para conseguir el resultado buscado en los términos propuestos por la acusación en esta causa.

Convicción probatoria alcanzada por este Tribunal, no sólo por el resultado de las declaraciones ofrecidas por los acusados, sino también por la anterior prueba personal de la testigo Ana Yáñez en los términos expuestos, sino que también el testigo Bernardino Sanz Berzal, a la sazón en aquella fecha miembro del Consejo de Administración de Madrid Destino y Director General de Economía, quien el juicio oral, como se ha anticipado, tuvo oportunidad de afirmar en este juicio oral que supo que la contratación se hizo mediante

contratación directa, y que no le pareció extraño porque no sabe la habitualidad pero sí se hace y más que en este caso existía otro informe de Nazaret en el que se intuía que podía haber irregularidades, o parecía, además cree que en la memoria que se hizo desde Madrid Destino se argumentaba eso la premura de tiempo que había para tener que pagar esa factura.

También consta documental incorporada a la causa relativa a distintos supuestos en los que, con anterioridad al presente caso, también se acudió al procedimiento de adjudicación directa, folios 1056 y siguientes; a lo anterior también debe mencionarse, inclusive, el informe de fecha 22 de marzo de 2017 emitido por el Despacho de Abogados, Alemany, Escalona & De Fuentes, experto en derecho público, en el que examinando las posibles infracciones procedimentales sobre el procedimiento contractual seguido en los convenios y acuerdos suscritos para la celebración del torneo de tenis, se indica que serían difícilmente encuadrables en la nulidad o anulabilidad de los contratos previstas en la legislación aplicable, entre otras razones, por la existencia de una mínima negociación interpartes en el precio, suficiente para acreditar el requisito de mínimos previsto por la ley en los términos exigidos por la jurisprudencia para no apreciar causa de nulidad, página 67 del informe.

Pero es que además existe respaldo legal para haber tomado la vía de la adjudicación directa en el supuesto enjuiciado con el fin de que dos despachos de abogados emitieran informes jurídicos sobre cuestiones controvertidas, no concurriendo el requisito jurisprudencial exigido para que la resolución dictada puede calificarse de prevaricadora por vulnerar flagrantemente el procedimiento exigible en los términos antes detallados.

Efectivamente, la cuestión relacionada con el procedimiento seguido para la contratación profesional de dos despachos de abogados, en absoluto encaja en este caso con el delito de prevaricación administrativa; existe soporte legal y doctrinal que respaldaría, razonablemente -sin perjuicio de un posible debate jurídico sobre esta cuestión que descentraría o diluiría la intervención de esta

jurisdicción penal- la decisión adoptada de acudir al procedimiento de adjudicación directa, independientemente, como se ha dicho, de que puedan existir interpretaciones defendibles al respecto, debiendo recordarse a estos efectos, como ya se ha tenido oportunidad de mencionar en esta resolución, que esta jurisdicción penal no tiene que examinar la absoluta regularidad del procedimiento seguido, sino exclusivamente si es razonable y sostenible, reservando para la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para determinar una posible irregularidad formal o material sin las connotaciones torticeras, arbitrarias, clamorosas y flagrantes propias del delito objeto de acusación.

Basta para ello tener en cuenta el artículo 551.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, RDL 3/2011, de 14 de noviembre.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, el artículo 10 del Texto Refundido citado, a los fines de calificar los contratos que se celebren entre el sector público y el sector privado (artículo 5), considera que son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro, y que a efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II; y en dicho Anexo la categoría 21 es la otorgada a los servicios jurídicos es la CPC 861 Y CPV 79100000-5 a 79140000-7; y artículos 189 y 191 del mismo Texto Refundido que se ocupa de la adjudicación de los contratos en estos casos, aunque cumpliendo los requisitos de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, recordando que en este supuesto estamos en una contratación que no superó los 50.000 euros, y reiterando con las especiales circunstancias y características concurrentes en este caso, y especiales condicionantes existentes, inminencia obligaciones jurídicas y económicas de Madrid Destino, complejidad y delicada repercusión en caso de difusión pública,

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

insuficiencia y clara limitación de recursos jurídicos internos a la vista de la pluralidad de cuestiones suscitadas razonablemente.

Por su parte las instrucciones internas de contratación de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., folios 55 y siguientes, son de aplicación a los contratos que, según el TRLCSP no están sujetos a regulación armonizada sometándose a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, para a continuación señalar que los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección, aprobarán unas instrucciones de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

En las Instrucciones internas de contratación, folios 55 y siguientes y 902 y siguientes, se detalla la condición de esta empresa como poder adjudicador, el carácter de privados de los contratos de Madrid Destino y que la normativa aplicable es la del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en defecto de normas específicas, distinguiendo los contratos sometidos a regulación armonizada y no armonizada; en estas instrucciones también se detallan los órganos con competencia para la contratación en atención a los Estatutos Sociales de Madrid Destino, y entre éstos, la figura del Consejero Delegado, y entre sus competencias la de autorizar actuaciones relativas a adquisiciones, suministros,...y prestaciones de servicios de toda clase y formalizar los contratos que de dichas actuaciones se deriven; también en esta Instrucción se hace constar que el valor de los contratos, a todos los efectos, vendrá determinado por el importe total sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, y que en el cálculo del importe total destinado, deberá tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prorrogas del contrato estando a su cálculo a lo establecido por el artículo 88 del TRLCSP; de igual modo se dice que con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la

información relativa a su actividad contractual, Madrid Destino difunde a través de internet su perfil de contratante, accesible desde su página web corporativa, pero que...cuando éstos no superen los 60.000 euros no será necesario hacer un anuncio de licitación en el caso de que el procedimiento propuesto sea simplificado sin publicidad sino que bastará con informar de la contratación que se va a llevar a cabo por importe superior a 50.000 euros e inferior a 60.000 euros; luego se regula el procedimiento simplificado sin publicidad cuando se trate de contratos cuyo valor estimado se sitúe entre 18.000 euros e inferior a 60.000 euros, siendo necesario solicitar un mínimo de tres ofertas a tres empresas, sin necesidad de publicidad salvo que supere los 50.000 euros que deberá publicarse en el perfil del contratante, y siendo obligatorio realizar pliegos si la cuantía es superior a 50.000 euros.

Además de estas Instrucciones Internas, hay que tener en cuenta el Decreto de 26 de abril de 2012 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública por el que se aprueba la Instrucción 3/2012 que establece las medidas a adoptar en relación con la contención del gasto en el ámbito de la contratación municipal, en cuyo apartado 2.3. se hace referencia a la limitación del uso del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, pero a continuación en el apartado 2.4. contempla la posibilidad de acudir a dicho procedimiento cuando concurran causas objetivas de carácter excepcional que permitan la utilización de este procedimiento que deberán justificarse con suficiente grado de detalle para apreciar su excepcionalidad, para a continuación el apartado 2.5 de la misma Instrucción hacer referencia a la solicitud de ofertas de, al menos, tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, pero a continuación también contempla la salvedad de que por alguna de las razones objetivas establecidas por la ley no sea posible promover la concurrencia.

Además, el Decreto de 15 de diciembre de 2016, dictado por el Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, acusado en esta causa, por el que se aprueba la Instrucción 5/2016, relativa a los criterios de actuación en la Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

contratación municipal, se hace referencia a las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, en concreto 2014/24/UE, sobre contratación pública, y otras que se citan, y tras detallar los objetivos de dichas directivas, y recordar la entrada en vigor de la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid aprobada por Acuerdo de 27 de julio de 2016 por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, determina la necesidad de la nueva Instrucción para establecer los criterios generales y comunes que deben ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación en los procesos de contratación pública del Ayuntamiento de Madrid, y demás entidades del sector público municipal, salvo en los contratos menores.

En dicha Instrucción 5/2016, se hace referencia a que la Memoria de necesidad e idoneidad del contrato ha de incluirse necesariamente en la documentación preparatoria de los contratos, memoria que deberá justificar de forma objetiva y suficiente, la necesidad e idoneidad el contrato mediante una descripción detallada de la naturaleza y la extensión de las necesidades que se pretenden cubrir, de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas y de la acreditación de que el objeto y contenido propuestos en el contrato son los más apropiados para la realización del fin institucional que tiene encomendado el órgano proponente; más adelante se dan pautas sobre los procedimientos contractuales que deberán respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, para luego ocuparse del procedimiento abierto y restringido y del procedimiento negociado sin publicidad, en este caso recomendado para circunstancias muy excepcionales y siempre que concurran las causas objetivas taxativamente prevista en el TRLCSP, con cita de la Directiva 2014/24/UE, añadiendo que en el caso de que se produzcan las circunstancias objetivas de carácter excepcional que permitan la utilización de este procedimiento, deberán justificarse con suficiente grado de detalle para apreciar su excepcionalidad.; a continuación y en el seno de este procedimiento negociado sin publicidad se dispone que se solicitarán ofertas, al

menos, a tres empresas capacitadas, para seguidamente establecer una salvedad en el supuesto de que por alguna de las razones objetivas establecidas por la ley no sea posible promover la concurrencia.

En el supuesto presente, la memoria justificativa del gasto correspondiente al asesoramiento jurídico de Madrid Destino de fecha 15 de febrero de 2017 determina sobrada y detalladamente las razones que confluyen en este supuesto que justifican la contratación de los servicios profesionales mediante ese procedimiento sin publicidad y sin concurrencia, y ello por las dudas fundadas con posibles derivaciones penales previa depuración de todas las circunstancias fácticas y jurídicas desde las perspectivas del derecho público y privado concurrentes en la relación jurídica contractual examinada, singularidad del caso, trascendencia para el sector público municipal, urgencia, necesidad de elección de profesionales de absoluta confianza dados los valores en riesgo, especificando la cualificación profesional de los dos abogados que identifica, Sr. Ruiz Sanz y Sr. De Fuentes Bardají, recordando la necesidad de confidencialidad que se vería muy afectada en el supuesto de recabar distintas ofertas a diferentes profesionales por vía telemática, pudiendo convertir en inoperantes las actuaciones que pudieran derivarse del encargo encomendado, añadiendo que a efectos de los principios de publicidad y concurrencia y confidencialidad, se valora como más adecuado para la defensa de los interés públicos en juego, la absoluta confidencialidad, dado que la publicidad de la estrategia podría poner en riesgo la investigación y la propia elaboración del informe, y que el mero conocimiento de que se está solicitando un dictamen jurídico penal en relación con determinados contratos puede impedir que el estudio tenga virtualidad, considerando como esencial la aplicación del principio de libre elección de abogado como elemento básico del derecho de defensa, valorando por último el importe de los honorarios partiendo de las características del informe integral que se precisa y la premura con la que se debe trabajar.

También obra unida a las actuaciones, folio 1051, nota interna de recursos humanos y Asesoría jurídica de Madrid Destino, firmada por la responsable de la Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

asesoría jurídica de Madrid Destino, y por el director de recursos humanos y asesoría jurídica de la misma entidad, que si bien no está fechada, sin embargo es anterior a la incorporación de Ana Yáñez a la dirección del área legal de Madrid Destino, a la vista de lo declarado por ésta y teniendo en cuenta otra documental obrante a los folios 1059 y 1060, en la que se aborda la justificación para la exención de cumplimiento de la Ley de Contratos del Sector Público para determinados gastos de la Asesoría Jurídica explica que este tipo de servicios se consideran *intuitu personae*, no generalistas, caracterizados por su vinculación al estatuto profesional y colegial específico, que en el caso de abogados y procuradores se prioriza la confianza y secreto profesional, que existe el principio de libre elección de abogado en derecho de defensa, que su contratación se basa en la aceptación de minutas que se negocian previamente y que están ajustadas a las tarifas del Colegio específico en cada caso, por lo que se garantiza un precio ajustado, y finalmente, porque no se dispone en la plantilla de personal propio capaz de realizar estos trabajos, finalizando esta nota diciendo que a efectos de tramitación de gastos, no se requiere de procedimiento sujeto a la LCSP.

Por último, la cuestión controvertida ha sido objeto de distintos pronunciamientos, existiendo inclusive a título de ejemplo, informe emitido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emitido en expediente 4/2019, sobre el régimen jurídicos de los contratos de servicios jurídicos, que da respuesta a una consulta de la Diputación Provincial de Guadalajara al haberse plantado discrepancias con respecto a la normativa aplicable a los servicios jurídicos de la Corporación con respecto a si están o no excluidos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, refiriéndose también a que determinados servicios legales, en particular los señalados en el artículo 10.d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero, sobre contratación pública consistente

en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado, quedan excluidos de su ámbito de aplicación, exclusión que no ha sido transpuesta debidamente incorporada a la nueva LCSP, pese a ser cuestionable su obligatoriedad, elevando consulta sobre si resulta de aplicación al ordenamiento jurídico español la exclusión de determinados servicios legales, en particular los señalados en el artículo 10.d) de la Directiva citada, como son los de defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado.

Pues bien, la Junta Consultiva de referencia al dar respuesta a una de las cuestiones suscitadas, la sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de los contratos consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado, se remite a la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, considerandos 25 y 116, y al artículo 10.d.ii) que dice que esta Directiva no se aplica a aquellos contratos públicos de servicios para asesoramiento jurídico como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE, mientras que el resto de servicios jurídicos sí quedan sujetos a la Directiva.

A continuación en este informe se hace referencia a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen las Directivas que se citan, en cuyo artículo 19.2 se dice que no se consideran sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado los contratos que se mencionan en el apartado e) 1 y 2, y que el Anexo de esta Ley se alude a los servicios especiales a que se refieren los artículos que se citan bajo los códigos CPV 791000005 a 79140000-7 y 75231100-5, incluyendo únicamente a los servicios jurídicos distintos de los referidos en el artículo 19.2.d), concluyendo que los servicios jurídicos que la Directiva excluye de su ámbito de sujeción no pueden quedar sujetos a regulación armonizada en ningún caso -con valor inferior a 750.000 euros-, para a continuación señalar la Junta Consultiva que la

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

prestación de servicios consistente en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado, nunca puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado, pero eso no implica que no puedan calificarse como contratos de servicios a los efectos de la aplicación de las reglas sobre contratación pública que fueran procedentes en cada caso.

A continuación se aborda la cuestión de cuál sería la normativa aplicable para este tipo de contratos respecto de la que ya se ha pronunciado la Abogacía General del Estado en informes que se citan, que alude al régimen jurídico aplicable a la contratación de servicios jurídicos, señalando los informes indicados que la configuración legal de estos contratos de servicios jurídicos como contratos no sujetos a regulación armonizada por razón de su objeto excluye la preceptiva aplicación de los preceptos de la LCSP y flexibiliza considerablemente el procedimiento de adjudicación en el que tan solo hay que garantizar la aplicación de los principios generales a los que alude la Comunicación Interpretativa de la Comisión Sobre Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006, y que tal circunstancia se produce con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad contratante y del carácter administrativo o privado del contrato resultante y es aplicable a todos los contratos que consisten en la representación y defensa legal de un cliente por un procurador o por un abogado, y que de acuerdo con lo mantenido por la Abogacía del Estado, con la citada comunicación interpretativa corresponderá a la entidad adjudicadora del contrato decidir si el mismo encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados de la Unión Europea y que si así fuese deberían tenerse en cuenta los criterios establecidos en la Comunicación que exigen la publicación del anuncio en el sitio web de la entidad adjudicadora, la descripción no discriminatoria del objeto del contrato, igualdad de acceso para los operadores económicos y plazos adecuados

para la presentación de ofertas, y que si por el contrario, carece el contrato de interés para los operadores económicos de otros Estados miembros, sería admisible prescindir del requisito de publicidad y limitar el número de empresas a las que se solicite ofertas, criterios los expuestos que son asumidos por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado; se concluye en la consulta referida que la prestación de servicios consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado no puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado, cuyo régimen jurídico será el que corresponda conforme a los criterios de la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente cubiertos, por las Directivas sobre contratación pública.

Así las cosas, por la prueba testifical practicada, la documental probatoriamente disponible, y la normativa mencionada, incluidas las Instrucciones impartidas y notas internas emitidas, así como los criterios consultivos expuestos, sin duda impiden calificar el procedimiento seguido a través de la hoja de encargo suscrita por Ana Varela en fecha 20 de febrero de 2017, como prevaricador a efectos del artículo 404 del Código Penal.

El procedimiento seguido para la contratación de prestación de servicios jurídicos estaba justificada sobradamente, era necesaria atendiendo a las circunstancias concurrentes en ese momento apreciadas por operadores internos y externos al Ayuntamiento de Madrid, los informes jurídicos objeto de contratación debían emitirse en un breve plazo de tiempo a la vista de las distintas obligaciones asumidas por la empresa municipal Madrid Destino, el pago inminente de factura y la instalación inminente del torneo a celebrar, y es obvio, y de sentido común, que dada la entidad del encargo jurídico que abordaba posibles connotaciones no sólo de rescisión contractual sino posibles irregularidades administrativas y/o penales, el procedimiento seguido no pudiera someterse a las reglas generales de publicidad y concurrencia, apreciando también que hubo negociación para conseguir una facturación comedida -tal y

como declaró el testigo Sr. de Fuentes en los términos que se expresarán-, y que desde luego dada su dimensión, complejidad y especialización, tampoco podía acometerse ese estudio con los medios disponibles en la empresa municipal; se descarta que se acudiera a los dos despachos profesionales atendiendo a intereses puramente personales o en búsqueda de un resultado concreto predeterminado por los acusados, los acusados lo han negado tajantemente pero también los profesionales que emitieron estos informes, afirmando que no conocían a los acusados, además de otros testigos que explicaron la razón de derivar a estos despachos e inclusive uno de los testigos explicó que anticipó a la parte contratante que uno de estos despachos con anterioridad había asesorado a un partido político situado en una esfera distinta a la entonces mayoritaria en el Consistorio, lo que en absoluto supuso inconveniente alguno para contratar sus servicios, atendiendo a las excelentes referencias ofrecidas por un tercero que fue testigo en el juicio.

Con respecto a la cuantía del contrato que sería superior a 50.000 euros, en primer lugar recordar lo ya sabido y conocido que es que el valor de los contratos se determina por el importe total sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en este caso el presupuesto aceptado fue de 50.000 euros sin incluir IVA, y que luego se pagó efectivamente un importe de 25.440 euros Iva incluido y de 31.460 Iva (5.460 euros) incluido para cada despacho, lo que supone un total de 56.900 euros incluido el IVA.

En cuanto a las objeciones formuladas por no cuantificarse en el encargo otras opciones que se pudieran derivar dando lugar a un Anexo al contrato; en primer lugar hay que señalar que la posibilidad de ejercitar determinadas acciones, era una cuestión altamente indefinida porque había que estar no solo al resultado de los dictámenes solicitados, sino que además, debía adoptarse la decisión de avanzar en el ejercicio de dichas acciones o afrontar otro tipo de escenarios como plantear un posible acuerdo entre las partes tal y como también se sostuvo en el juicio, pero es que además, en este caso, se comprueba que finalmente se interpuso denuncia ante la Fiscalía Especial contra la Corrupción y

la Criminalidad Organizada que no incrementó el importe abonado tal y como confirmó el testigo Sr. Ruiz Sanz, y en todo caso, la suma total de las facturas abonadas ascendió a 56.900 euros Iva incluido, por tanto nunca superior a 50.000 euros.

Por último, y a diferencia de lo que sostiene la acusación, claro que la actuación de los querellados estuvo sujeta a fiscalización, ya que dicho control siempre existía a posteriori, tal y como tuvo oportunidad de explicar la testigo Ana Yáñez, en coherencia con lo sostenido por la parte acusada; además, en absoluto se ha probado que haya habido reparo alguno al gasto mencionado ni por los servicios internos de intervención o fiscalización del gasto, ni por el Tribunal de Cuentas.

Examinados los Estatutos de la sociedad mercantil municipal, con respecto al control, contabilidad y presupuestos y programas anuales, se indica que la Sociedad, en cuanto tal y sus órganos, quedan sujetos a la Normativa Reguladora de las Haciendas Locales, específicamente en lo que se refiere a la inspección de la contabilidad, controles financieros y de eficacia, previsión de ingresos y gastos, y programas anuales de actuación inversiones y financiación, ello sin perjuicio de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y demás disposiciones concordantes, y que la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid ejercerá las funciones de inspección, control interno y financiero en la Sociedad de acuerdo con la legislación vigente; sin olvidar la normativa al respecto contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, artículo 213 que se refiere al control interno, en consonancia con el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, donde se regula también el sistema de auditoría pública a verificar con posterioridad, entre los distintos tipos de controles a realizar en función de la estructura organizativa o características de la entidad, así como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), que

se ocupa del ejercicio de la función de control financiero para la comprobación del funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios municipales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes, mediante el sistema de auditoría, para informar sobre la adecuada presentación de la información financiera y el cumplimiento de las normas.

Finalmente hay que indicar según certificado emitido por la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Cultura y Deporte del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 30 de noviembre de 2017, folios 769 y siguientes, en el mes de abril de 2017, es decir, una vez emitidos los informes jurídicos solicitados desde Madrid Destino, e inclusive presentada la denuncia ante la Fiscalía Especializada en fecha 23 de marzo de 2017, según se certifica por el departamento antes mencionado, con fecha 10 de abril de 2017 se suscribió una adenda al convenio vigente al objeto de recibir menos palcos y entradas y minorar la aportación municipal, y que en esta anualidad el importe a reducir de la aportación del Ayuntamiento es de 456.161,53 euros; por tanto, parece desprenderse que las gestiones y aclaraciones obtenidas fueron fructíferas para las arcas municipales, a diferencia del perjuicio que apunta la parte acusadora.

En definitiva, no se comparte con la única acusación que aunque existieran informes jurídicos previos que respaldaran la legalidad, y aunque se hubieran emitido los informes preceptivos antes de la firma de los distintos convenios y acuerdos, ello por sí solo atara a los acusados para, a pesar de planear dudas legítimas, razonables, fundadas, como se ha probado por los distintos medios probatorios disponibles, testificales de expertos cualificados, e informes jurídicos emitidos (Nazaret 6 Abogados, Lex Iusta Abogados, y Alemany, Escalona & Fuentes, Abogados) ponerse de espaldas, y aceptar sumisamente la corrección de todo el proceso, cuando dada también su propia cualificación profesional, corroborada por otros expertos en los términos expuestos en esta sentencia, había sospechas fundadas que debían esclarecerse en beneficio de las arcas públicas, lo que sin duda denota escrupulosidad y responsabilidad en el desempeño de las funciones públicas para las que habían

sido nombrados, llamando inclusive la atención cuando la testigo Ana Yáñez de forma bien espontánea dijo que ojalá no se hubiera encontrado nada, que fue entendido en el sentido de haberse evitado las complicaciones derivadas.

El testigo **Joaquín de Fuentes Bardají**: relató que el 4 de enero de 2017, tuvo una llamada telefónica de Ana Yáñez, antes no había trabajado con ella ni con Madrid Destino, le llamó por teléfono y dijo que si estaban disponibles para analizar relaciones contractuales públicas, y le dijo que tenía el despacho un departamento de público y de ahí se desarrolló el encargo profesional, que siempre que les llaman por teléfono para ver si están disponibles y piden el presupuesto siempre les dicen mándenlos la documentación básica para hacer el análisis apriorístico del tiempo y demás, hasta una reunión a mediados de enero, no les mandaron ninguna y luego en pen drive les mandaron documentación, del sin fin de contratos convenios, acuerdos, informes jurídicos y económicos, no se acuerda si también le enviaron documentación del Ayuntamiento, él se relacionó con Madrid Destino, y que desde Madrid Destino les mandaron documentación, desde el Ayuntamiento no recuerda que lo enviaran, les dicen que son capaces de hacer el análisis técnico jurídico desde punto vista contratación pública y privada, pero que el despacho no tiene área penal sobre juicio de valor, y se les dijo que ese análisis lo iba a hacer otro despacho que no conocía, él no eligió ningún despacho, y a partir de ahí desde Madrid Destino dice que va a haber otro despacho profesional, que lo que contrata es un análisis técnico jurídico, desde el principio mandaron un presupuesto y eso es lo que se firma, el dictamen y nada más, que el despacho facturo 26.000 euros, que fue el 4 de enero, cuando se empieza a hablar, después del 15 de enero de 2017, cuando empieza a llegar la documentación era bastante copiosa y complicada de entender y nunca se había hablado de plazo y de repente se puso encima de la mesa un mes, y entonces dijeron vamos a fijar los lazos, y se fija finalmente para mediados de marzo.

Relato este testigo que en el despacho reciben la documentación, la analizan y piden sucesivamente aclaraciones, era un berenjenal administrativo considerable por no decirlo de otra manera, que la única vez que se cruzaron con Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020

el despacho de penal fue en una reunión que se celebró en el Cuartel Conde Duque, dijeron el estado en que estaba y luego mandaron un borrador y ese borrador se convirtió en definitivo nunca vieron el informe del otro despacho penal porque no le interesó.

Detalló en el juicio este testigo que la conclusión del dictamen desde la vertiente que detectaron había un cúmulo de irregularidades pero no tenía trascendencia en nulidad, y no entraron en un debate que sería de la jurisdicción contenciosa, cree que sí le dieron un informe, no se acuerda si el informe era de Nazaret, no se acuerda, todo lo que vieron no les parecieron completos, eran informes de remisión de remisión, por lo dicho, lo que pidió le dieron todo, y en lo que vio le pareció que era el sustento jurídico material de lo que se había realizado por el Ayuntamiento y por sus sociedades instrumentales, en 2001, 2006, 2009 y 2011, no sintió que le faltara información desde el punto de vista técnico en todo lo que le dieron.

En cuanto a la factura, explicó el testigo que el despacho emitió la factura, y hay un solo pago, la primera conversación con Ana Yáñez, y a partir de ahí las reuniones en el despacho, dos, y cree que hay una tercera en Conde Duque, eran Ana Yáñez y Ana Varela, y que estas personas no les dijeron que tuvieran interés en dictaminar en un sentido o en otro, no se lo dijeron y si se lo hubieran dicho les hubiera dicho que no procedía.

Este testigo detalló que la contratación en el sector público es sumamente compleja, buscar la inteligencia de la línea maestra de lo que ocurre antes 2001 hasta lo que ocurre en 2016 o 2017 era muy complicado, era muy enrevesado, hicieron contratos, acuerdos, contratos de patrocinio, contratos de derecho público y privado, sometida a sector publico entonces y otros a la legislación vigente que no sabían cuál era, era difícil encontrar la discriminación del objeto entre contrato, y acuerdos que le daban naturaleza de convenios que no se sabían a qué derecho de sometía, no dice que fueran ilegalidades, sino que era un proceso complicado de entender en la evolución de los quince años, el mundo

deportivo profesional y titulares derechos exclusivos y celebración de contratos era muy complejo, a él no le extrañó que se lo pidieran, les costó desentrañar las cuestiones jurídicas, incluso la propia relación fáctica, el orden de lo que ocurría y porque ocurría, le pareció un proceso infinitamente complejo tuvo la sensación de que una parte importante de lo que ocurre en 2009 y 2010, deriva de la opacidad de la contratante, se refiere a MTP, tenista rumano que tenía los derechos exclusivos, y era un ejercicio de doctor en derecho, era complicado y a veces difícilmente entendible.

Este testigo también fue preguntado sobre sus honorarios y confirmó que cuando hicieron el presupuesto y se lo plantearon a Madrid Destino fue cuando vieron la entidad y la dificultad y se les alegó que era una entidad de derecho público, y que moderaran en lo que pudieran, y no cobran lo mismo a una empresa de esta naturaleza, que a una filial de una gran empresa, pero tuvieron en cuenta el factor de complejidad, lo tuvo en cuenta el despacho, hicieron presupuesto y se aceptó.

El informe emitido por el anterior testigo, de fecha 22 de marzo de 2017, junto con otra profesional del despacho contratado, define claramente el objeto del informe encargado (relaciones jurídicas que tanto Madrid Destino u otras sociedades mercantiles municipales preexistentes como el Ayuntamiento de Madrid, conjunta o independientemente, hayan entablado con Madrid Trophy Promotion, S.L., abordando también las relaciones jurídicas con contenido económico entre Madrid Destino y el propio Ayuntamiento de Madrid a propósito de la celebración del Torneo de Tenis se hallan documentadas, dejando bien explícito que el examen jurídico penal no constituye objeto de este informe ni sobre la oportunidad o racionalidad política), partiendo de la información citada al despacho por Madrid Destino tanto en forma de documentos como la recibida en las reuniones mantenidas y de la obtenida de fuentes públicas que se identifican, alcanzando un total de veintidós conclusiones, entre las que se destacan las relativas a que el derecho de patrocinio y el derecho de sede serían dos conceptos indisolubles en la lógica de la relación jurídica, detectando en el

período examinado, 2001-2017 un incremento del precio a pagar en concepto de contraprestación por la celebración en Madrid del Torneo de Tenis de 1,5 dólares anuales de 2001 a 7.7 millones de euros de coste previsto para el ejercicio 2017 y que en el año 2021 alcanzaría la cifra de 8.5 millones de euros, incremento que no se compadecería en el precio total detectado con un incremento sustancial de derechos y obligaciones del objeto del contrato que permanece inmutable en la sustancia, salvo la excepción que se cita vinculada a la incorporación del torneo de tenis femenino sin guardar aparente proporción entre el correlativo aumento de su precio, incremento que carecería de objetivación/justificación/motivación aparente, llamando la atención sobre la disgregación de objetos en dos instrumentos jurídicos, convenio y acuerdo, lo que comporta el efecto de que lo que en 2009 recibía una contraprestación económica de 5,3 millones de euros en 2010 recibía el doble, 5,4 millones de euros por el derecho de patrocinio más 5 millones de euros por el derecho de sede, destacando también que este incremento del precio carente de motivación aparente se ha articulado mediante la sucesiva modificación de convenios y que los nuevos convenios modifican los que aseguraban mejor precio, sin causa aparente, justificándose en la adquisición de derechos que sin embargo ya eran de su titularidad anterior que habían sido cedidos al Ayuntamiento sin una justificación plausible, apropiada o suficiente.

En las conclusiones de este informe también se pone de relieve la falta de cuantificación de algunos conceptos, en especial, del uso de instalaciones y estructuras que se configura como contraprestación a favor de MTP por la celebración del torneo pero que sin embargo tal uso carece de cuantificación en los sucesivos convenios a pesar de ser claramente cuantificable, careciendo también de cuantificación el uso de un espacio de oficinas durante todo el año.

Se añade en este informe como conclusión que existe dificultad de cuantificar el retorno económico para el Sector Público Municipal del patrocinio disponiendo, en ese momento, de un solo informe realizado en 2010 que no está actualizado.

También se llama la atención en el informe de referencia de que si los incrementos no justificados de precios se entendiera que son constitutivos de delito, entonces estaríamos ante una causa de nulidad radical, y que cualquier supuesto de rescisión/anulación/anulabilidad de los contratos podría derivar en el derecho de indemnización de MTP, salvo que se logre demostrar su connivencia en la infracción jurídica que, en su caso, motiva la decisión, circunstancia última que no resulta de la documentación examinada; se añade que el incremento del precio para el Sector Público detectado puede constituir causa de inicio de un proceso de fiscalización por la Cámara de Cuentas de Madrid que permita esclarecer si ha existido responsabilidad contable en la gestión.

Finalmente este mismo informe hace referencia a que se desconoce la existencia de contribuciones económicas del Sector Público en la celebración de otros torneos de nivel equivalente en las sedes de otras ciudades europeas o no europeas, pero que sí pueden conocerse los importes tanto de los premios como de los compromisos financieros calculados por ATP y WTA en relación con eventos concluidos, y por ejemplo el compromiso total calculado para el torneo que se cita es de 4,8 millones; se reitera que entre 2001 y 2017 se ha producido un considerable incremento de los costes económicos totales de celebración del torneo de tenis en Madrid para el Sector Público Municipal, y que la entidad de la fluctuación al alza del precio confiere, a priori, un amplio margen de negociación del Sector Público Municipal tendente a reducir el coste total de la celebración del torneo en Madrid para aproximarlos, en su caso, a las cantidades en las que se cifró antes del mayor y no justificado incremento de 2010, focalizando los principales problemas de justificación de este aumento de costes en la variación de la contraprestación económica fijada para el Ayuntamiento de Madrid en el marco del convenio con MTP, especialmente en 2010, y con más claridad en 2011 y 2012.

A continuación hay que tener en cuenta la declaración testifical prestada por el firmante del segundo informe jurídico, **Juan Manuel Ruiz Sanz**, que le contacta la jefa de la asesoría jurídica, que un compañero le había llamado

previamente, cree que fue a principios de 2017, se le plantea la preocupación que tenía la dirección de la sociedad por la posible incurrir en un delito la sociedad como persona jurídica por el pago de una factura que era inminente y la documentación que había que aportar y estudiar era administrativa, en la primera reunión le dijo que era fundamental primero hacer un informe de un especialista en derecho administrativo, luego le facilitan ese informe administrativo, era necesario, se dedica a derecho penal y le facilitan abundante documentación, convenios e informes del ayuntamiento y le facilitan el informe administrativo con mucha urgencia por el pago de la factura, y que por la situación había que hacer el estudio previo de los indicios y si esa factura que había que pagar no sólo que fuera lícita o ilícita sino también desde el punto de vista penal, que le facilitaron convenios, acuerdos con el Ayuntamiento y con una sociedad y también informes del Ayuntamiento de Madrid y que previamente a toda la situación a una sociedad se le había requerido, lo estudió y le sorprendió que existiendo una Asesoría del Ayuntamiento, y lo cierto es que los informes no respondían a la problemática que a él se le planteaba, no preguntaba en esos informes sobre responsabilidad penal sino sobre los hechos, y lo que a él le pedían era esto, y no daban respuesta a cuestiones concretas que se le preguntaban, que del expediente administrativo de contratación no vio todo, vio los convenios y acuerdos que se habían firmado por Ayuntamiento y con Madrid Destino, no sabe si estaban o no fiscalizadas, cree que en el informe explicaba que le daba la sensación porque no tenía lógica como se había instrumentado el negocio con la empresa que dirigía el Open, primero solo con el Ayuntamiento luego a través de empresas municipales, no sabe si había habido fiscalización; la creación de ese instrumento jurídico la parte del ayuntamiento y de la empresa municipal podía deberse a evitar la fiscalización.

También el testigo detalló que lo que se le encargó fue la emisión del informe, y lo que quiso dejar claro en la hoja de encargo es que cualquier actuación que fuera más allá del informe tendría que abonarse aparte, aunque de hecho se le encargó luego la redacción de una denuncia que entendía que no

estaba dentro de su encargo lo que se le había abonado, pero la sociedad entendía que sí, y finalmente lo hizo, que lo que se le encargaba fue el dictamen, él quiso blindar, y dejar claro que lo que se le encargaba era la emisión del informe, y cualquier actuación a posteriori sería objeto de un anexo, cree que no lo hizo muy bien se le pidió la denuncia y pensaba que no era objeto del encargo

También este testigo, igual que los responsables de los otros dos despachos, Sr. Galache y Sr. de Fuentes, dijo que no le solicitaron que su informe fuera para declarar irregularidades, ni se le pidió ni lo hubiese admitido, de facto en la primera reunión se planteó que normalmente es contratado por personas de partidos contrarios a los que están en el gobierno municipal y lo advirtió por si había algún problema, y le dijeron que querían un informe imparcial, y dijo él que no le presentaba ningún problema, se refiere que los contrarios son del partido popular; que por la denuncia no ha cobrado, cuando se hace el encargo él no sabe si va a ser necesario hacer denuncia porque podía haber sido el informe en sentido contrario.

Este testigo relató que le pareció escandaloso, que para él no había una justificación de la contrapartida que podía recibir bien el Ayuntamiento o la sociedad que justificara que se duplicara, cree que uno de los años, se duplicaba prácticamente el precio, no había explicación factible, se traía la competición para mujeres, y no podía justificar de ninguna manera un incremento así, Ana Varela no le dio ninguna indicación de nada.

Aparte de las manifestaciones de este testigo en el juicio, hay que tener en cuenta el informe escrito emitido por Lex Iusta Abogados, de fecha 21 de marzo de 2017, firmado y ratificado por el testigo anterior, en el que se indica que se emite por encargo de Ana Varela Mateos siendo el objeto del dictamen el análisis de la eventual relevancia jurídico penal, con especial referencia al artículo 31 bis del Código Penal, respecto de los contratos vigentes firmados por Madrid Destino con Madrid Trophy Promotion, S.L., siendo necesario analizar todas las circunstancias, fácticas y jurídicas, desde las perspectivas del derecho público y

privado que concurren en la relación jurídico contractual, lo que implica acometer el estudio de las relaciones de las entidades organizadoras con el entero sector público municipal de Madrid, centrándose el objeto del informe de este despacho en la detección de indicios de irregularidades con posible relevancia jurídico penal con atención no solo a los contratos firmados por el cliente sino también por el Ayuntamiento de Madrid y otras sociedades municipales en relación con el torneo de tenis.

En este informe se muestra la conformidad con el informe del despacho de Alemany, Escalona & De Fuentes Abogados al afirmar que la relación jurídica entre el Sector Público Municipal y MTP ha versado sobre un único objeto, la celebración en Madrid del torneo de tenis, y que coherentemente, la diferenciación entre el derecho de patrocinio y el derecho de sede es artificial cuando son objeto de instrumentos jurídicos diferenciados, pues en realidad se trata de dos conceptos indisociables en la lógica de la relación jurídica y material subyacente; luego analiza la evolución de los desembolsos realizados y pactados desde el convenio de 2001 significando que las justificaciones dadas en los convenios para la elevación de los desembolsos en forma alguna justifican la existencia del propio incremento o del importe del incremento, ofreciendo razones específicas al respecto, haciendo un gráfico explicativo de esta evolución anual entre el convenio de 2006 y el convenio de 2010, el primero por un total de 1.704.517 euros, y el segundo por 10.469.136 euros, afirmando que con el convenio de 2011 se intentó maquillar esta inexplicable evolución pero sigue siendo cierto, concluyendo que desde 2001 a la fecha de emisión del dictamen se constata un incremento del precio a pagar en concepto de contraprestación por la celebración en Madrid del torneo de tenis de 1,5 millón de dólares anuales del 2001 a 7.7 millones de euros de coste previsto para 2017, es decir, 5,13 veces más, todo ello en un contexto en el que el objetivo inicial de este patrocinio, la promoción internacional de Madrid como sede olímpica, ha quedado vacío de contenido y de hecho ni siquiera se menciona en los negocios jurídicos mediante los que se instrumenta el aumento de precio visto y sin que este incremento

tremendo en el precio se pueda justificar con un incremento sustancial de los derechos del sector público municipal, puesto que el objeto contractual permanece inmutable en la sustancia salvo en lo relativo a la celebración del torneo de tenis femenino, cuyo valor y coste de incorporación ay se ha visto que en modo alguno guardan proporción con el correlativo aumento del precio.

De igual modo este informe pone de manifiesto la ausencia de transparencia en las relaciones entre la mercantil MTP y el sector público municipal que aunque carece por sí mismo de relevancia jurídico penal viene a apuntalar los manifiestos indicios ya vistos, pues nada sino al pretensión de oscurecer la realidad de lo acontecido explica la falta de transparencia evidenciada en la irregular tramitación del procedimiento de contratación, en el sentido de tratarse de contrato patrimonial y contrato privado y no de meros convenios ni acuerdos, contratos que tendrían un mismo régimen jurídico, ratificando el informe del otro despacho en el sentido de que la errónea caracterización como no contractual de los acuerdos y convenios pudiera haber tenido por objeto la evitación de fiscalización y controles previos existentes conforme a la legislación pública, al menos en las primeras fases de tramitación.

El mismo informe afirma que existe una cuestión indiciaria de cómo los responsables del sector público municipal no tenían como principal objetivo en la firma de los instrumentos jurídicos la defensa de los intereses públicos, que el objeto principal de las relaciones con MTP no era otro que la adquisición de los derechos de sede para la celebración del torneo en Madrid y a pesar de ello nunca solicitaron a MTP que acreditara documentalmente su titularidad sobre los derechos de organización concedidos por ATP y WTA, sus requisitos y condiciones, siendo llamativo que siendo esencial para el sector público municipal conocer bajo qué condiciones pueden ATP y WTA retirar a MTP los derechos de sede, los contratantes del sector público municipal no desplegaran una elemental diligencia a la hora de comprobar la efectiva existencia de este derecho de exclusiva y sus condiciones, y que no ha sido objeto de la menor comprobación hasta tiempo muy reciente mediante comunicación directa de los

actuales gestores de Madrid Destino a la ATP en dos misivas de 22.11.2016 y 2.2.2017, poniendo de relieve este informe que la falta de verificación de los representantes públicos firmantes de los convenios y acuerdos resulta especialmente llamativa cuando a la vista del expediente del convenio de 2011 se confirma que tal omisión fue detectada y puesta de manifiesto en el informe de la Secretaría General Técnica del Área Jurídica del Área de Gobierno de Vicealcaldía de fecha 23.12.2011 y que la misma omisión, finalmente, existió nuevamente en la tramitación de la firma del Acuerdo de 2012.

También el informe se detiene en explicar lo artificioso de la construcción jurídica entre convenios y acuerdos, pero que lo que sí es claro es que a los efectos de control del gasto de dinero público, la duplicación de negocios jurídicos y la diversificación de objetos negociales producida en 2009 y reeditada en 2010 y 2011 conlleva una diferente mecánica de fiscalización, al ser distinta cuando el gasto público procede de una administración pública fiscalización siempre previa y atribuida a la intervención pública, que cuando se efectúa por una sociedad mercantil pública con fiscalización siempre a posteriori a través del método de auditoría de cuentas; también se aborda la ocultación del coste económico para el sector público municipal de la cesión del uso de las instalaciones y estructuras que se citan y de los gastos relacionados con los mismos que se sumen y sin cuantificar la cesión de espacios públicos publicitarios, se aborda también la inexistencia de control sobre el destino dado a los derechos de acceso privilegiado adquiridos en los convenios, el particular caso de la cesión de esos derechos a los miembros del Foro de Empresas por Madrid, plataforma de colaboración entre las empresas y el Ayuntamiento de Madrid, y ente las que se citan BBVA, El Corte Inglés, Grupo Villar Mir, OHL, Telefónica, Bankia, Mahou, Cámara de Comercio, Acciona, La Caixa, Deloitte o Banco de Santander; inexistencia de control sobre el retorno económico para el sector público municipal de su contribución a la celebración del torneo, inexistencia de relación sinalagmática o equilibrio de prestación, lo que lleva a pensar que los gestores públicos responsables de la firma de los mismos incurren

en una actuación negligente que, unida a las otras circunstancias examinadas en el informe pudiera ser indicaría de una actuación delictiva.

Seguidamente se cita la precariedad de los derechos de MTP y la inestabilidad de la posición jurídica del sector publico municipal con posible retirada, rescisión y pérdida de los derechos se sede, y la pendencia de los derechos de la voluntad de ATP/WTA.

Por último el informe aborda la dimensión jurídico penal de las actuaciones examinadas, delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, y considera que no cabe duda de que con la participación de las autoridades y funcionarios del sector público en los convenios y acuerdos con MTP estamos antes resoluciones en el sentido del tipo de prevaricación administrativa, que comprometen importantes recursos públicos en favor de una empresa privada, confirmando una manifiesta contradicción de las resoluciones dictadas con el ordenamiento jurídico sustantivo al estar disponiendo ilícitamente de fondos públicos para beneficiar a sujetos privados lo que es directamente delictivo, dando una respuesta negativa a una posible responsabilidad de la empresa Madrid Destino conforme al artículo 31 bis y concordantes del Código Penal.

En fin, nuevamente hay que reiterar que el contenido de los dos informes jurídicos emitidos ahora mismo aludidos, ratificados y explicados en el juicio por sus firmantes, avalan y respaldan las dudas más que razonables mantenidas por la parte acusada, incertidumbres notables que ya habían sido vislumbradas por la parte acusada, y percibidas por terceros en base bien a su experiencia profesional, o a través de un primer informe jurídico emitido, y ello independientemente de que la Asesoría Jurídica municipal, en el ámbito de sus competencias, ratificase sus informes anteriores y ofreciese una visión técnico jurídico, en algunos aspectos, dispar, lo que, como se ha dicho anteriormente, ni se trataba de criterios jurídicos vinculantes ni excluyentes que pudieran justificar el aquietamiento de la

parte acusada, que intentó agotar todas las vías razonables para dar la máxima certeza jurídica a sus inmediatas y sucesivas obligaciones jurídicas y económicas.

En fin, todas las pruebas practicadas en los términos valorativos expuestos, conforman la convicción de este Tribunal en el sentido de que los hechos acusatorios han quedado indemostrados y la presunción de inocencia de las personas acusadas permanece inalterado, las pruebas de cargo son absolutamente inconsistentes mientras que las pruebas de descargo tienen tal fortaleza, en los términos explicados en esta resolución, que determinan sin género de dudas que procede la libre absolución de las personas acusadas.

SÉPTIMO.- A la vista del contenido absolutorio de esta sentencia, hay que tener en cuenta que en materia de imposición de costas es presupuesto ineludible la petición del titular de las costas cuando se trata de las causadas a la defensa por el comportamiento procesal de la acusación particular o popular.

Así lo ha dicho de forma reiterada la jurisprudencia, como recuerda la STS 410/2016, de 12 mayo , con cita de la STS nº 114/2016 en un caso en el que se denunciaba vulneración de la tutela judicial efectiva, pues la condena en costas se dictó sin que hubiera petición expresa de las partes, pues solamente la defensa lo solicitó ya en el informe oral tras las conclusiones definitivas, cuando la acusación ya no podía alegar ni rebatir su pretensión y se estableció que: "Por regla general, la imposición de las costas al acusador particular se entiende comprendida bajo el principio dispositivo, de forma que es precisa una previa petición de parte en ese sentido (STS nº 847/2006 , STS nº 911/2006 , STS nº 246/2009 y STS nº 275/2009, entre otras), lo cual permitirá además el pertinente debate sobre su pertinencia. La razón se halla en que solo se deben imponer si se aprecia temeridad o mala fe, y ambas cuestiones precisan de un razonamiento que establezca su existencia. A tal razonamiento habrá de llegarse tras la valoración de distintos elementos respecto de los cuales debe ser posible no solo el debate, sino especialmente la defensa de quien puede ser condenado a su pago".

En el juicio oral, las defensas de las/el acusadas/o, solicitaron la imposición a la acusación de las costas del juicio por temeridad y mala fe,

Y una vez cumplido este presupuesto, los criterios en orden a la imposición de las costas al acusador no oficial o actor civil por temeridad o mala fe procesal prevista en el art. 240.3 LECRIM., se recogen en las STS nº 169/2016 de 2 de marzo, STS 423/2018 de 26 de septiembre ó 507/2020, de 14 de octubre.

De las pautas de interpretación establecidas por la jurisprudencia, dos son las características genéricas que cabe extraer: a) que el fundamento es precisamente la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, y b) que, dadas las consecuencias que cabe ocasionar al derecho constitucionalmente reconocido antes indicado, la línea general de viabilidad de la imposición ha de ser restrictiva.

Siendo el punto crucial la precisión del criterio de temeridad y mala fe a los que remite el artículo citado, al respecto se ha dicho:

a) Que el concepto de mala fe, por su carácter subjetivo es fácil de definir, pero difícil de acreditar, no así el de temeridad. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes (STS nº 682/2006, de 25 de junio, Sentencia núm. 419/2014 de 16 abril) y se afirma la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales (STS nº 842/2009 de 7 de julio), de modo que la regla general será su no imposición (STS 19.9.2001, 8.5.2003 y 18.2, 17.5 y 5.7 , todas de 2004, entre otras muchas).

b) Es necesario que la acusación particular perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.

c) Corresponde su prueba a quien solicita la imposición (Sentencia Tribunal Supremo núm. 419/2014 de 16 abril).

d) No es determinante al efecto que la acusación no oficial haya mantenido posiciones en el proceso diversas, incluso contrapuestas, a la de la acusación oficial (STS 91/2006 de 30 de enero).

e) Más cuestionable es la trascendencia de las decisiones jurisdiccionales que, a lo largo del procedimiento, controlan la admisibilidad de la pretensión. Desde la admisión a trámite de la querrela, la formalización de la imputación o la apertura del juicio oral. Y es que la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular (STS 91/2006, 30 de enero). Se ha dicho que, si tales decisiones fueran necesariamente excluyentes del parámetro de la temeridad o mala fe, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resultaría de aplicación apenas limitada al solo caso de desviación respecto de la acusación pública, ya que la sentencia presupone el juicio oral y éste la admisión de la acusación. Si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales (STS nº 508/2014 de 9 junio). No obstante, las expresiones de las razones de aquellas decisiones interlocutorias pueden dar una adecuada perspectiva para la decisión sobre la imposición de las costas (STS 384/2008, de 19 junio).

f) Como factores reveladores de aquella temeridad o mala fe suele indicarse más que la objetiva falta de fundamento o inconsistencia de la acusación, la consciencia de ello por parte de quien, no obstante, acusa. Lo que no empece que sea la evidencia de esa falta de consistencia la que autorice a inferir aquella consciencia. Así se impone la condena cuando se estime que existen "razones para suponer que no le asistía el derecho" o cuando las circunstancias permiten considerar que "no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción". Desde luego se considera temeridad cuando

se ejerce la acción penal, mediante querrela, a sabiendas de que el querellado no ha cometido el delito que se le imputa (STS nº 508/2014 de 9 junio).

g) Recientemente hemos indicado como determinante que el acusador tuviera conocimiento de datos que demostrarían la inexistencia de delito y los oculta o no los aporta, dotando así de una apariencia de consistencia a la acusación que sostiene (STS nº 144/2016 de 25 de febrero).

h) Cabe que aparezca a lo largo de tramitación, aunque no en momento inicial (SSTS de 18 de febrero y 17 de mayo de 2004).

i) El Tribunal a quo ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas (STS nº 508/2014 de 9 junio y núm. 720/2015 de 16 noviembre)".»

Partiendo de las anteriores premisas, este Tribunal considera que el Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid, sin ninguna duda, actuó con temeridad y mala fé manteniendo la acusación en esta causa contra Celia Mayer Duque, sin ninguna concreción acusatoria salvo que en la fecha de los hechos era Delegada del Área de Gobierno de Cultura y Deportes del Ayuntamiento de Madrid y Presidenta de la sociedad mercantil municipal Madrid Destino, y porque firmó la denuncia presentada ante la Fiscalía Especial Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, ello aun a pesar de que durante el tiempo en que se produjeron los hechos objeto de acusación se encontraba en situación de licencia entre el mes de octubre de 2016 y el mes de febrero de 2017, y que dado el motivo, sin duda era conocido.

En todo caso, teniendo en cuenta la sucesión de todos los acontecimientos que se han detallado en los hechos probados de esta sentencia, y que la denuncia se interpuso en fecha 29 de mayo de 2017, considera este Tribunal que queda objetivado que la acusación era consciente de la falta de consistencia de los hechos denunciados desde la perspectiva prevaricadora, y ello tras emitirse tres

informes por los servicios jurídicos externalizados, que sin duda fueron conocidos por la parte acusadora, que son bien elocuentes de las, cuando menos, discrepancias jurídicas y económicas llamativas derivadas de los convenios y acuerdos suscritos en años anteriores, y de la entidad de las consecuencias perjudiciales que pudieran tener para las arcas municipales tal y como se alertaba en dichos informes jurídicos.

Y también porque los términos en que se formuló la acusación provisional que se ha mantenido hasta las conclusiones definitivas en juicio oral, al proponer la aplicación del subtipo agravado del delito de malversación de caudales públicos, cuando resulta evidente que el valor del contrato suscrito nunca fue superior a 50.000 euros.

A tenor de lo expuesto, las costas ocasionadas a las defensas de las tres personas acusadas deben ser impuestas a la acusación ejercitada por el Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid.

VISTOS los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación a la presente causa

FALLAMOS

Que debemos **absolver y absolvemos** libremente a **ANA VARELA MATEOS, CARLOS SÁNCHEZ MATO, y a CELIA MAYER DUQUE**, de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, por los venían siendo acusadas/o. Se imponen las costas del juicio por temeridad y mala fe al Grupo Municipal Popular del Ayuntamiento de Madrid.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de apelación, en el plazo de diez días, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid - Procedimiento Abreviado 1258/2020