



Roj: **AAP V 346/2021 - ECLI:ES:APV:2021:346A**

Id Cendoj: **46250370042021200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **4**

Fecha: **19/04/2021**

Nº de Recurso: **231/2021**

Nº de Resolución: **351/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Autos de instrucción**

Ponente: **PEDRO CASTELLANO RAUSELL**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

VALENCIA

Avenida DEL SALER, 14 2º

Tfno: 961929123

Fax: 961929423

NIG: 46250-43-1-2016-0008642

Procedimiento: Apelación Autos Instrucción [RAU] Nº 000231/2021 -AS-

Dimana del Diligencias Previas [DIP] Nº 000357/2016

Del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE VALENCIA

**AUTO Nº 351/21**

Il'tmos/as. Sres/as.:

Presidente

PEDRO CASTELLANO RAUSELL

Magistrados/as

D. JOSE MANUEL MEGIA CARMONA

Dª ISABEL SIFRES SOLANES

En Valencia a diecinueve de abril de dos mil veintiuno

Dada cuenta; y

#### **ANTECEDENTES.-**

Único: En fecha 23 de febrero de 2021 tuvieron entrada en esta Sección los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el Procurador D. José Sapiña Baviera en representación de la GENERALITAT VALENCIANA, contra el auto de 20 de enero de 2021, en el que se desestima la reforma del auto de sobreseimiento provisional de fecha 10 de diciembre de 2020, dictados ambos por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, en las diligencias previas nº 357/2016. Figuran como apelados D. Jose Pedro, defendido por el Letrado D. Vicente Baeza Avallone y representado por la Procuradora Dª Basilia Puertas Media; D. Luis Carlos, defendido por el Letrado D. Fernando Rodríguez Galisteo y representado por la Procuradora Dª Sara Gil Furió; D. Jesús Luis, defendido por el Letrado Pablo Emilio Delgado Gil y representado por la Procuradora Dª María José Ochoa García; D. Juan Antonio, defendido por la Letrada



D<sup>a</sup> Carmen Gallego Chinillach y representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Asunción García de la Cuadra Rubio; D. Juan Enrique, defendido por el Letrado D. José María Mas Millet y representado por el Procurador D. Raúl Martínez Giménez; y D. Miguel Ángel, defendido por la Letrado D<sup>a</sup> Concepción Flores Herrero y representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Begoña Mollá Sanchis. El 9 de abril de 2021, por providencia dictada al efecto quedó fijada para deliberación, votación y resolución de dichos recursos la fecha del 15 de abril de 2021, habiendo correspondido la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado Presidente de la Sección 4<sup>a</sup>, D. Pedro Castellano Rausell, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: El Ministerio Fiscal y la Generalitat Valenciana formulan sendos recursos de apelación contra el auto de sobreseimiento provisional, con una exposición de motivos semejante, salvo ligeras variaciones que no impiden el tratamiento conjunto y unívoco de ambas propuestas.

1. El auto impugnado ha sido dictado al amparo del artículo 779-1<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por estimar la Juez de Instrucción que después de haber practicado las diligencias pertinentes, no ha aparecido suficientemente justificada la perpetración de los hechos perseguidos.

El primer motivo de impugnación invocado por las Acusaciones tiene como causa el uso de dicho precepto procesal en vez del artículo 783.1, sustentando en esta cuestión la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido privados de la celebración del juicio oral.

Señala el precepto invocado que "solicitada la apertura del juicio oral (después del dictado del auto de incoación del procedimiento abreviado), el Juez de Instrucción la acordará salvo que estimare que concurre (entre otros) el supuesto del artículo 641.1", esto es, que no "haya resultado debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa".

Desde la perspectiva del objeto material del proceso lo habitual y pertinente es que el sobreseimiento se anticipe en cuanto el Juez se percate y tome conciencia de que los indicios recogidos sobre la naturaleza y circunstancias del hecho desvelan la ineffectividad de su prosecución a los fines de comprobación de los delitos perseguidos, una exigencia engarzable con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas ( artículo 24.2 CE), y con la injusticia que implica el sometimiento de una persona a un juicio oral en tales circunstancias.

Con estos parámetros ningún reproche se puede hacer a la Juez de Instrucción por haber tomado una decisión fundada en derecho.

También podemos añadir otra razón confirmatoria del acierto judicial. Del contenido de los dos artículos mencionados se infiere que contemplan las mismas causas de paralización del procedimiento, diferenciándose tan solo en el momento procesal de su aplicación. El dictado del primero, ubicado en el Capítulo de las Diligencias previas, procede cuando se han practicado sin demora las diligencias pertinentes y de ellas se extrae la insuficiencia de la perpetración delictiva, justificadora del sobreseimiento de la causa en contraposición a cualquier juicio de probabilidad delictiva que valide su progreso. El segundo precepto se halla dentro del Capítulo de la Preparación del Juicio oral, y es de aplicación cuando el Juez después de estimar procedente trasladar a las partes la iniciativa acusatoria por haber barruntado la mencionada probabilidad delictiva (auto de incoación del procedimiento abreviado), y haber concretado éstas los hechos objeto de acusación y delitos asignables (escrito de calificación provisional), entiende de su tenor que la causa debe paralizarse por concurrir los requisitos del sobreseimiento libre o provisional.

En el presente caso, la extensa y desmesurada duración del periodo de la instrucción (5 años), ha hecho coincidir los objetos jurídico materiales previstos en los dos preceptos, pues aunque el acto de sobreseimiento ha sido dictado en la fase de diligencias previas (artículo 779-1<sup>a</sup>), por el momento final que ha elegido la Juez de Instrucción -después de haber acabado la práctica de todas las diligencias solicitadas por las partes y en trance de optar por el dictado del auto de procedimiento abreviado- viene a ser equivalente al sobreseimiento del artículo 783.1, y más aún teniendo presente que en los extensos escritos de las Acusaciones instando la incoación del procedimiento abreviado constan bien explicitadas sus futuras calificaciones jurídicas, con las que ha podido contar la Juez para su evaluación. Por ello, a consecuencia de esta asimilación entre la resolución dictada y la propugnada, el motivo de impugnación alegado deviene en intrascendente desde la doble perspectiva formal y material del mismo, y da pie en cambio a poder censurar el retraso padecido por dicho dictado.

Idéntica respuesta ha de darse al verdadero fin perseguido por las Acusaciones, que no es otro más que prolongar la causa hasta el juicio oral, con el argumento de que dicha meta constituye el único modo legítimo de colmar el derecho a la tutela judicial efectiva. La respuesta negativa la tomamos del propio escrito del



recurso de reforma del Ministerio Fiscal, en el que se contesta a sí mismo claramente consciente de que el referido derecho constitucional no obliga al Juez a conducir el proceso hasta la fase plenaria sino a dar respuesta en cualquier fase del procedimiento a la pretensión ejercida, sea positiva o negativa, reconocimiento del que nos servimos dándole cuerpo en la presente resolución mediante su completa transcripción. Apunta el Ministerio Fiscal que "si bien es cierto que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, no es en sí misma lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que éste no otorga al titular o justiciable un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, es doctrina constitucional consolidada que ello es posible siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos investigados carecen notoriamente de ilicitud penal, exigiéndose un especial deber de motivación que satisfaga la pretensión de la parte de acceso a la jurisdicción ( Sentencia TC 203/1989)". Justo lo sucedido en el presente caso, como veremos a continuación.

2. Reconocida entonces por las propias Acusaciones la viabilidad constitucional y legal del momento escogido por la Juez para decretar el sobreseimiento, desvían a continuación su ataque alegando que el auto "carece de la debida fundamentación, al limitarse a negar en dos únicos fundamentos jurídicos la concurrencia de los elementos típicos de los delitos que se imputa a los investigados de un modo ritual y formulario, lo que genera una indefensión, al impedir o coartar la posibilidad de someter a enjuiciamiento plenario ante el tribunal competente el conocimiento de unos hechos que presentan claros indicios de criminalidad.... faltando notoriamente al deber especial de motivación exigido jurisprudencialmente que satisfaga la pretensión de la parte de acceso a la jurisdicción".

La última parte de la alegación (la pretensión del acceso a la jurisdicción) no se entiende muy bien teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal y la Generalitat han sido partes ejercientes de sus respectivas acciones penal y civil desde los primeros compases de la causa, de la misma manera que no se entiende el alegato de la indefensión por no continuar la causa hasta el juicio oral si antes ha asumido el Ministerio Fiscal la validez del sobreseimiento como modo legal de terminarla anticipadamente.

Y la primera parte, la carencia de la debida fundamentación, indudablemente constituye un alegato meramente retórico, clamorosamente contradicho por el texto del auto impugnado, y por el mismo contenido de los escritos de los apelantes, repletos de razonamientos en contra de las exhaustivas explicaciones de la resolución.

La Juez de Instrucción explica en dos ordinales separados las razones por las que considera que tras el agotamiento de la investigación no ha encontrado indicios probatorios suficientes para apreciar la concurrencia de los elementos objetivos de los delitos en los que provisoriamente subsumen las Acusaciones los hechos investigados, así como las participaciones individualizadas de los investigados en cada uno de ellos. La resolución es inatacable por ese flanco, y para ser reconocido así basta con su reproducción.

Comienza recordando los requisitos legales y jurisprudenciales del delito de prevaricación, muy bien traída la cita como frontispicio iluminador tanto del posterior análisis de los hechos y conductas indiciariamente resultantes de la investigación como del resultado de su vacuidad penal una vez hecha la pertinente subsunción intelectual. Esta técnica expositiva ha sido extremadamente acertada a la vista de los derroteros que tomó la instrucción desde sus mismos orígenes, ostensiblemente desviada hacia una suerte de confusión entre las infracciones penales acusatoriamente concebidas y el contexto administrativo y político subyacente.

A tal fin la Juez de la instancia razona y emite con carácter previo un pronunciamiento acerca del profuso debate sobre la naturaleza pública o privada de la Fundación, llegando a la conclusión de que era privada en base a los siguientes motivos: 1º) Aparece definida como privada en la escritura de su constitución; 2º) La aportación de las tres cuartas partes de la dotación fundacional (30.000 euros) a cargo de entidades públicas no modifica su naturaleza privada porque no se encontraba adscrita a ninguna de las Administraciones que participaron en su constitución y ésta era la exigencia legal del momento para su consideración como pública (Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana); 3º) Pasa a ser pública posteriormente, en el año 2010, cuando la Generalitat incrementa la dotación fundacional en dos millones de euros y queda adscrita a la misma como fundación del sector público, (transmuta su naturaleza según reconoce el MF y recoge como cita expresa del auto); 4º) El Interventor General de la Generalitat Valenciana con el Visto Bueno del Honorable Conseller de Hacienda y Administraciones Públicas, certifica también dicha naturaleza privada cuando toma el acuerdo, el 20/05/2015, de modificar el plan de Auditorías de 2015, con el fin de incluir en el mismo a la Fundación a raíz del acuerdo del Consell de su nueva adscripción, limitando su auditoría únicamente a los años 2010 y siguientes, con expresa exclusión de los años de actividad privada; Y 5º) De la contradictoria emisión de opiniones entre los peritos y testigos cualificados que depusieron sobre el particular con una misión meramente auxiliadora, la Juez, atendiendo a su razonado contenido, se decanta por



la de los dos peritos de las Defensas, la del testigo del propio Ministerio Fiscal D. Carlos , Jefe del Servicio de Entidades Jurídicas de la Conselleria de Justicia, y la de los miembros de la Comisión del Protectorado, todos coincidentes en destacar la naturaleza privada de la Fundación, en contraposición a la visión del Interventor General del Estado, Sr. Elias y del informe policial de la UDEF, favorables a la postura contraria.

Aclarada para la Juez la naturaleza de la Fundación contratante con las empresas que acometieron la logística e infraestructuras necesarias para la celebración del evento, considera descartado que le fuera exigible a la entidad particular el sometimiento a las formalidades de la contratación pública, omisión tenida por el Ministerio Fiscal como hecho constitutivo del delito de prevaricación.

Pero luego va más allá, analiza asimismo la posibilidad deductiva de que la Fundación hubiera sido creada deliberadamente con el fin de eludir la normativa de la contratación pública, y la descarta inmediatamente por una serie de motivos ampliamente razonados: 1º) No existe ningún indicio de que los investigados se hubieran concertado en el momento de la constitución de la Fundación para conseguir dicho objetivo; 2º) No existe ningún indicio de que los investigados que suscribieron los contratos lo hicieron "a sabiendas" de que debían haberlo hecho bajo las exigencias de la contratación pública, por tener conocimiento de que la Fundación era pública; 3º) No existe ningún indicio de que los investigados se hubieran concertado para realizar contratos con el fin de favorecer a las empresas, "de lo cual no existe el más mínimo rastro en la instrucción"; 4º) No se desprende de la instrucción ni el Ministerio Fiscal refiere, la conducta concreta que cada uno de los investigados cometió en relación con los ilícitos penales imputados, imprescindible para la exigencia de responsabilidad, rechazando que el mero hecho de ocupar cargos en la Fundación o trabajar para ella sea prueba suficiente de la autoría de los supuestos delitos. Y 5º) Por el contrario, en relación con este último extremo, apunta el auto los verdaderos indicios de la actividad de cada uno de los investigados, ajenos a cualquier composición delictiva. De D. Jesús Luis destaca que era solamente Presidente de Honor de la Fundación, sin ninguna atribución concreta y sin constancia de haber participado en la actividad de la Fundación, no habiendo sido visto por nadie en sus locales o en reuniones de trabajo, más allá de su presencia en actos institucionales como Presidente de la Generalitat, y sin que alguien hubiera declarado haber recibido instrucción alguna por su parte. De D. Juan Antonio lo único que se sabe es que era Secretario del Patronato por su condición de Vicepresidente del Consell y que acudía a las reuniones a realizar sus labores de documentación, nada más que lo vinculaba con los contratos realizados. De Monseñor Juan Enrique , señala que era la persona que en representación del Arzobispado y en contacto directo con las Autoridades eclesíásticas del Vaticano, se encargaba de coordinar y decidir acerca de las indicaciones de estas, tanto las de índole personal como organizativas en general de los actos del V Encuentro. Por su parte, respecto del sacerdote D. Luis Carlos y de D. Miguel Ángel , realizaban labores de intermediación entre el Patronato y los Grupos de Trabajo, atendiendo a las necesidades de tipo litúrgico y eclesíástico el primero y resto el otro. Todos fuera pues, de cualquier relación con los actos de contratación realizados por D. Jose Pedro . Además, cumplida su misión de trabajo en la celebración del V Encuentro, terminaron a continuación su vinculación formal con la Fundación, D. Juan Antonio en junio de 2007, D. Luis Carlos y D. Jose Pedro en el año 2008, y D. Miguel Ángel en el año 2009.

Por lo que concierne al delito de malversación de caudales públicos, circunscrito al hecho de las aportaciones dinerarias que el Consell hizo a la Fundación, de 10.000 euros en el momento de la constitución y 2.000.000 de euros en el año 2010, más la asunción de deudas de 2014, las primeras en concepto de dotación fundacional pero destinadas de hecho al abono de los gastos y deudas de la Fundación, explica la Juez de Instrucción que tuvieron su origen en una decisión política del Consell, previo acuerdo de una modificación del crédito con los informes favorables de la Intervención de la Conselleria de Economía y de la Abogacía de la Generalitat Valenciana, y fiscalizados y comprobados posteriormente por la Sindicatura de Cuentas, acuerdos revestidos de la correspondiente publicidad, sin que dichas sumas hubieran sido sustraídas por los funcionarios que las tenían a su disposición o por terceras personas con su consentimiento, ya que constan abonadas a las empresas que realizaron los trabajos contratados por la Fundación. Asimismo, estima la Juez que tampoco el acuerdo de 2014 fue arbitrario ni vulneró las formas exigidas por la normativa reguladora, por lo que concluye declarando que las Acusaciones no han acreditado la concurrencia de los elementos de los tipos penales que dieron lugar a la formación de la causa, y en su consecuencia, al no haber resultado debidamente justificada la perpetración de los mismos, decreta el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Segundo: Frente al fundado auto de la Juez de Instrucción, las Acusaciones, con ligeras variaciones argumentales sobre un fondo común, sostienen que la instrucción ha deparado múltiples indicios de comisión de los hechos perseguidos, atribuibles a los investigados y con méritos suficientes para implementar la continuación de la causa hasta el juicio oral. El método de su exposición argumental comprende la crítica a las valoraciones del auto y la aportación de los indicios de cargo que estiman obviados en dicha resolución, cuestiones que abordamos a continuación, pero orillando en la medida de lo posible las alegaciones jurídico penales de la Generalitat Valenciana, en tanto que personada como parte ejerciente de la acción civil y no la



penal, su marco de actuación en el proceso no puede sobrepasar los límites de la primera ( artículos 320 y 651 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), careciendo por tanto de legitimidad para adentrarse en el tratamiento de los injustos que no conllevan responsabilidad civil, como sucede por lo común en el delito de prevaricación y fraude en la contratación.

1. El Ministerio Fiscal compendia los hechos perseguidos en torno tres grupos separados por el tiempo de su comisión. El primero, relativo a los contratos celebrados por la Fundación para la consecución de sus fines durante los años 2005 y 2006, que enmarca dentro del delito de prevaricación, el segundo, referido al trasvase de dos millones de euros del Consell a la Fundación en el año 2010, más otras sumas posteriores, que formaría parte del delito de malversación de caudales públicos, y el tercero, atinente a la extinción y liquidación de la Fundación en el año 2014, denominado por el recurrente blanqueamiento de todo lo anterior.

Los autores serían, según el Fiscal, el conjunto de los investigados, unos como artífices ideológicos y autores de propia mano, entre los que señala a Jesús Luis y Juan Enrique , y el resto en calidad de copartícipes por cooperación necesaria.

2. Sobre los indicios demostrativos de los hechos, estando perfectamente documentadas las vicisitudes jurídicas de la Fundación, poca debía haber sido la indagación emprendida, pues bastaba con acudir a este reflejo probatorio para conocer con garantías sobradas todos los acontecimientos protagonizados durante la transición del tiempo de su vigencia. En este marco el objetivo de las acusaciones ha sido en primer lugar poner de relieve las formalidades administrativas que a su entender la Fundación no había respetado en su nacimiento, desarrollo y extinción, y en segundo lugar tratar de convertir argumentalmente las omisiones y defectos encontrados en indicios de la comisión de los delitos imputados.

La pronta respuesta a la existencia de las omisiones o defectos administrativos (irregularidades las denomina el Ministerio Fiscal), ha venido de la mano de las Defensas, dando lugar a un debate escrito de amplio espectro técnico e interminable discusión, que envuelto en un laberinto jurídico administrativo completamente tangencial a la jurisdicción penal ha puesto de manifiesto la ineficacia formal de este planteamiento acusatorio, ya que no debe olvidarse que los tipos penales imputados no son preceptos penales en blanco necesitados para su aplicación del hallazgo complementario de una ilicitud definida en normas ajenas al Código penal, sino que son tipos penales con elementos normativos que si no aparecen fehacientemente acreditados en el mismo proceso penal, como exige el principio de legalidad, no es posible hacer uso de ellos para castigar lo que en realidad son infracciones administrativas tal y como a la postre razona el auto impugnado.

Y parecidos términos infructuosos ha deparado la investigación de la autoría de los hechos, cuya incertidumbre en el reparto de responsabilidades no puede ser más absoluta. La Juez de instrucción destaca que no ha podido discernir qué hechos ha cometido cada uno de los investigados en relación con cada una de las supuestas acciones delictivas, es decir, con los contratos celebrados, el dinero entregado por el Consell y la liquidación de la Fundación, dado que la mera ostentación de cargos en la Fundación u otro tipo de conexión con ella, no puede ser admitido sin más como un medio de dominio individual de las respectivas acciones. Tan solo cabría aceptar dicha autoría conjunta si hubiera constancia de un concierto previo entre los concretos autores materiales y el resto de los sujetos, nexo del que no hay suficiente y cabal aporte indiciario, como en suma viene a reconocer el Ministerio Fiscal desde el momento en que acepta solventar el problema aduciendo que, en términos generales, la individualización de conductas debe hacerse en el acto del juicio oral. No es así, ya que el principio de la responsabilidad personal en el derecho penal exige que cada uno de los investigados conozca desde el primer momento los concretos actos por los que es perseguido, de igual manera que la continuidad de la causa depende de los logros obtenidos en el hallazgo de los indicios correspondientes.

Tercero: Descendiendo al estudio de cada uno de los hechos en particular y a las omisiones administrativas y deducciones antijurídicas de las Acusaciones, en relación con los contratos celebrados omitiendo la publicidad, concurrencia y transparencia denunciadas, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

1ª) Es innegable que estos contratos tuvieron lugar formalmente en el seno de una fundación privada, pues la Fundación VEMF fue creada con la intención declarada en el texto de su constitución de que ostentara tal condición, quedando fuera de su adscripción a cualquier institución pública. La regulación legal bajo la que se amparaba era la vigente Ley 8/1988, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. El Acuerdo del Consell de 17 de septiembre de 2004, adoptado a propuesta de su Presidente y Vicepresidente, así lo expresa, y en la escritura de constitución los cuatro Patronos vuelven a reiterarlo aportando cada uno la cuarta parte de la dotación fundacional. Acorde con esta naturaleza, los investigados que formaban parte de las cadenas intermedias y en especial el encargado de firmar los contratos, llevaron a cabo sus cometidos bajo los auspicios de la legislación civil reguladora de la vida privada de la Fundación.

2ª) El Ministerio Fiscal enarbola la tesis de que, a pesar de la intención de los creadores de la Fundación y su plasmación formal, la naturaleza administrativa no era privada sino pública porque el capital aportado era



mayoritariamente, en partes, público, y por tanto los contratos debían haberse celebrado sometiéndose a las reglas de publicidad y concurrencia del sector público. En otras palabras, vienen a decir las Acusaciones que los creadores de la Fundación (los cuatro patronos, entre ellos uno de los investigados más el otro firmante del acuerdo) se habrían equivocado el) el diseño jurídico de la entidad, no cayeron en el detalle y cometieron un error burocrático a su pesar, creando una fundación pública que no formaba parte de sus intenciones. De atender a la propuesta acusatoria la primera y aséptica consecuencia es que el fallo involuntario cometido por los creadores de la fundación es inocuo penalmente, y por derivación todos los actos realizados en el ejercicio de los cometidos fundacionales, singularmente los atribuidos a los restantes investigados que se acogieron a las reglas del ente privado del que pasaron a formar parte con posterioridad. Esta simple y escueta valoración es la que se desprende de la prueba de los hechos verificada en el contexto objetivo y subjetivo del momento de su producción, como demandan las reglas jurisprudenciales, esto es, ex ante, y no ex post, como han hecho las Acusaciones al corregir con el derecho administrativo en la mano los actos precedentes y proyectas sobre ellos una mirada retrospectiva influenciada por las circunstancias y conocimientos del instante de su valoración intelectual.

3ª) La presunción del Ministerio Fiscal, no obstante, es la de que los ideólogos de la creación de la Fundación la diseñaron en forma privada deliberadamente con el objeto de que el resto de los investigados pudieran realizar las contrataciones necesarias sin sujeción a los encorsetamientos de la legislación pública. En tal caso lo que habría ocurrido es que la equivocada maniobra a causa del desconocimiento de la legislación administrativa, seguiría siendo extraña al resto de investigados, que permanecerían nítidamente fuera del círculo de sospecha porque no consta que se concertaran con los creadores de la fundación en el momento de modelar su cualificación privada con ésta premeditada intención ni que posteriormente fueran advertidos del oculto propósito. El papel de estos últimos habría sido el de actores instrumentales sin responsabilidad alguna en el plano penal, bastando con acudir a la teoría del error invencible, ya que hasta que no se judicializa el tema años después de los hechos ninguno de ellos tuvo noticia de las tesis acusatorias ( artículo 14 del Cp). La ausencia de indicios del acuerdo previo la destaca expresamente la Juez de Instrucción en el auto de sobreseimiento, confundido por las Acusaciones como un argumento tendente a excluir la noción penal de grupo u organización para el delito.

4ª) Siguiendo con la disección de la dialéctica del Ministerio Fiscal y circunscritos a la conducta de los investigados que participaron en la creación y diseño de la Fundación, a estos habría que imputarles la autoría mediata de los contratos celebrados a través de los otros investigados, actores instrumentales como hemos indicado. Sin embargo, análogamente, para poder reposar en los investigados que crearon la Fundación la cualidad de autores mediatos por inducción, previamente tendría que haberse demostrado, de reverso, el acuerdo específico con el autor material de cada uno de los contratos y en cada una de las ocasiones, o la consigna dada a los contratantes, de tal intensidad, que les dejara sin margen de maniobra en la elección del sistema operativo, de amplias opciones en el presente caso pues sabido es que no todas las contrataciones de órganos públicos precisan sujetarse a las reglas de la publicidad y licitación previa, dependiendo de la cuantía presupuestaria y contenido del trabajo, por lo que dado que en el presente caso los sujetos encargados de las contrataciones han reconocido que obraron libremente y de acuerdo con su leal saber y entender, no es posible atribuir a los creadores de la Fundación la responsabilidad por las modalidades jurídicas empleadas e irregularidades que se les quiera adosar, máxime cuando buena parte de los trabajos a realizar y financiar eran inciertos y dependían de elementos impredecibles como el grado de participación de otras instituciones públicas y privadas, la intervención de donantes particulares y demás circunstancias sobrevenidas concitables con los fines altruistas de la Fundación y la casuística que iba surgiendo. En su conjunto unos trabajos cuya formalidad jurídica dependía exclusivamente de sus autores y era imprevisible para los creadores de la fundación. Por tanto, desconociéndose que estos trasladaron sus supuestas intenciones a los ejecutores de los actos posteriores, y sabiéndose en cambio que los últimos realizaron sus trabajos adoptando libremente las formalidades jurídicas que estimaron adecuadas en cada caso, no cabe hablar tampoco de indicios bastantes de responsabilidad penal en los creadores de la fundación respecto de los hechos relacionados con las formalidades de los contratos.

Dicho lo cual resulta evidente que el desenlace de la tesis acusatoria basada en el dogma jurídico de condición pública de la fundación y de la hipótesis de la intencionada creación en forma privada (sin conseguirlo) con fines espurios, conduce al mismo estadio inicial del mero error en la confección administrativa de la Fundación y a la irrelevancia penal en cualquiera de los dos supuestos.

5ª) Hechas las anteriores valoraciones discursivas pasamos a exponer el verdadero resultado de la investigación, manifiestamente contrario al entramado acusatorio, como exhaustivamente explica la Juez de Instrucción en los fundamentos del auto recurrido, en nada afectados por las alegaciones en su contra del Ministerio Fiscal y la Generalitat Valenciana.



i. Respecto del debatido tema de la naturaleza de la Fundación (indiferente a efectos penales, como hemos visto), obran en la causa informes de técnicos públicos, peritos de parte y testigos cualificados (uno de ellos propuesto por el Ministerio Fiscal) que sostienen desde un punto de vista técnico administrativo la postura defensiva de la privacidad de aquella, y junto a ellos figuran también las declaraciones de otros Funcionarios cualificados que en sentido opuesto dictaminan su carácter público. Como refuerzo de esta última postura, incluso casi como fuente del derecho, las Acusaciones han puesto especial énfasis en una sentencia de la Audiencia Nacional en la que con motivo del enjuiciamiento de unos hechos cometidos por terceras personas en los que aparece la Fundación en calidad de partícipe a título lucrativo, declara probado el hecho de su carácter público en base, sintéticamente, a la prevalencia de las disposiciones de la Ley de Contratos de la Administración Pública sobre la regulación autonómica, una adición argumental que hemos de desterrar del presente pleito, negándole ' incluso cualquier valor indiciario, por no ser firme la sentencia (sin efecto de cosa juzgada), y porque aunque fuera firme no vincula a la Juez de Instrucción en la valoración indiciaria de los hechos sometidos a su conocimiento dado que el mencionado pronunciamiento fáctico ha sido efectuado en el marco del enjuiciamiento de unos hechos y personas diferentes.

La Juez de Instrucción, bajo la garantía de la inmediación se ha decantado por el criterio técnico de las Defensas a tenor del contenido de las diligencias personales practicadas, ante lo cual la fiscalización del Tribunal sólo puede manifestarse recordando que el hecho arduamente discutido a causa de su incerteza jurídico administrativa clama la aplicación de la regla del in dubio pro reo, vista la imposibilidad de configurar con suficientes garantías técnicas el elemento objetivo del delito (la existencia de una resolución arbitraria e ilegal en asunto administrativo), y por ende la concurrencia del dolo de la misma infracción. Y si esta insuficiencia indiciaria ha aparecido de modo flagrante, la respuesta judicial de paralizar, siquiera sea provisionalmente, la continuidad de la causa, hemos de estimarla adecuada y procedente.

ii. En el apartado de las actuaciones personales las indagaciones judiciales tampoco han arrojado luz suficiente para amparar las conjeturas acusatorias, dicho en esos términos por la Juez de Instrucción. Presumir que los creadores de la Fundación la dotaron de la formalidad privada para eludir los controles públicos, no se compadece bien desde un punto de vista lógico con la presunción simultánea de imputar a los autores la intención de abonar en el futuro las deudas con su consiguiente visibilidad, al igual que con el interés porque en su composición estuvieran presentes todas las instituciones públicas más representativas de la Ciudad, y por supuesto el estamento Eclesiástico, del cual dependía en buena parte el señalamiento de los hitos que pudieran demandar las Autoridades eclesíásticas del Vaticano, naturalmente parte esencial, decisora e influyente en la misión de la Fundación. En esas circunstancias de obligado concierto con una parte en cierto modo ajena a los creadores de la Fundación y de transversalidad en la implicación de los sujetos (políticos y sociales) protagonistas de la gestión del evento, es razonable pensar que la intención de estos al hacer el diseño formal de la Fundación fue la de alcanzar el buen fin del evento ajustando las herramientas jurídicas a las necesidades y características de su objeto material, porque además, y el razonamiento recogido en el auto impugnado es capital, no se ha demostrado tras cinco años de pesquisas, que a través de los contratos se hubiera favorecido a determinados contratistas o a la Fundación misma, constanding que todas las empresas contratistas han justificado y explicado tanto sus trabajos como la remuneración percibida, y sabido es que por lo común la prueba de los favorecimientos constituye uno de los mejores indicadores de la intención perversa que suele yacer en las contrataciones efectuadas al margen de los controles públicos. Los logros acusatorios se reducen en ese aspecto al descubrimiento de defectos contables en el sistema de facturación, singularmente con la empresa Pública VAERSA, responsabilidad en todo caso de sus representantes, y a la información proveniente de otra causa según la cual la Fundación abonó indebidamente una factura de TECONSA por cuyo hecho no fue declarada culpable.

Por tanto, no se adivina, como argumenta el auto impugnado, ningún propósito delictivo en el acuerdo de creación de la Fundación, ni actuación posterior dirigida a señalar el camino ilícito a los contratistas de la Fundación, respecto de los que no existe ningún indicio de conexión en ese sentido, pues el alegado por el Ministerio Fiscal "protagonismo jactancioso" del Presidente de la Generalitat en el ejercicio de sus funciones públicas, o la manifestación de que "en aquella época se hacía lo que mandaba el Presidente", no son más que comentarios personales extraños al debate jurídico. Y por lo que concierne a las conexiones del Vicepresidente del Consell y Secretario de la Fundación, tan solo se sabe que participaba en esa condición en las reuniones pertinentes.

Cuarto: Ocupa el segundo lugar de la denuncia de las Acusaciones la aportación a la Fundación de 2.000.000 de euros por el Consell en el año 2010, en concepto de dotación fundacional, suma destinada de inmediato a abonar las deudas pendientes por los trabajos y servicios contratados en los años 2005 y 2006. A esta entrega hay que añadir la posterior en el año 2014, de 1.306.897 euros con el mismo destino. Las cantidades fueron transferidas al compás de la modificación jurídica de la fundación, convertida en pública por el Consell mediante su adscripción a este sector, recibiendo en tal concepto el dinero.



Las Acusaciones consideran que estas entregas son subsumibles en el delito de malversación de caudales públicos, y se basan para ello, de nuevo, en las irregularidades administrativas que atribuyen al trámite del desembolso del dinero público, entre ellas la de haberse extraído el dinero mediante el desvío irregular de una partida presupuestaria, o el enmascaramiento como dotación fundacional que se oculta al Protectorado, así como otras que vienen a interpretar en calidad de acciones dirigidas a destinar el dinero público al abono de gastos privados, en franca contradicción, todo sea dicho, con la teoría del carácter público de la Fundación, pues si poseía esta condición, el destino del dinero también tendría que considerarse público.

Como era de esperar las Defensas han contestado a cada una de las supuestas irregularidades aportando la documentación acreditativa de la sumisión a la normativa procedente. El auto impugnado se hace eco de la misma y desplaza cuanto mucho el tema a otra nueva discusión administrativa tangencial al núcleo material del delito imputado, consistente en determinar si el dinero entregado a la Fundación para el pago de las deudas pendientes, hecho indiscutido y patente, supone una malversación de caudales públicos imputable al investigado Jesús Luis y a su Vicepresidente.

La Juez de Instrucción estima que de los mismos asertos de las Acusaciones no se colige ninguna conducta asimilable a la previsión del precepto regulador de la materia ( artículo 43 del Código penal), vigente con anterioridad a la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dado que en las fechas de los hechos la acción punitiva típica consistía literalmente en la sustracción del dinero por la autoridad o funcionario público que lo tuviera a su disposición, o en el consentimiento para que otras personas lo sustrajeran, y de ninguna manera se pronuncia siquiera el término sustracción en las acciones imputadas por las Acusaciones. Fue posteriormente, a partir el año 2015 cuando el delito tratado amplió su espectro típico y pasó a comprender también los supuestos de gestión o administración desleal de fondos públicos en el que sustentan la persecución penal.

Las Acusaciones insisten en aplicar este nuevo proceder típico al hecho cometido con anterioridad, argumentando que la jurisprudencia ya venía incluyendo en el precepto primitivo el quebrantamiento de la obligación de gestionar adecuadamente los bienes y recursos públicos. Podemos asumir este fundamento de los recursos sin ningún inconveniente, ya que ciertamente las modificaciones legales responden en muchas ocasiones a la trasposición de conceptos anticipados por la doctrina jurisprudencial, y ésta podemos admitir que es una de ellas. No obstante, también frente a este panorama la discusión es inocua porque de los indicios obtenidos de la instrucción y del texto de la propia denuncia del Ministerio Fiscal, en modo alguno se puede atribuir a los investigados la comisión de dicho ilícito penal interpretado en el sentido amplio alegado por las Acusaciones.

En primer lugar, por cuanto el dinero fue entregado a una Fundación convertida en pública, y en segundo lugar porque dichas entregas son fruto de una decisión política, tanto por razón del sujeto que las concedió (Acuerdos del Pleno del Consell a propuesta de la Conselleria de Economía y Hacienda), como del objeto a que se destinaron (subvenir a los gastos llevados a cabo por la Fundación en la consecución de un bien de interés general). No cabe duda en relación con este último extremo que así debe considerarse el objetivo del buen desarrollo de los actos del VEMF, por ser de notorio y público conocimiento el inmenso número de personas asistentes directamente a los mismos y el ingente seguimiento que tuvo a través de los medios de comunicación, con la consiguiente y paralela proyección mundial de la imagen de la Ciudad de Valencia, viniendo pues a prestar la Fundación un irrefutable servicio público finalmente auxiliada en sus costos por el Gobierno autonómico.

Concluido que la entrega del dinero no fue una decisión personal y privada de ningún investigado revestido de autoridad, ni su destino fue enriquecer injustamente un patrimonio privado, sino que se empleó en el abono de los trabajos y servicios realizados para la celebración del evento público, no cabe hablar de gestión desleal alguna sustentadora de los elementos objetivos y subjetivos del delito de malversación de caudales públicos.

Y en el plano de la responsabilidad personal huelga hacer mención a la participación como cooperadores necesarios de los investigados que abandonaron la Fundación en los años 2007, 2008 y 2009, así como al resto que permanecían ajenos al estado inerte de la misma una vez cumplidos los objetivos para los que fue creada.

Quinto.- El último de los hechos presuntamente delictivos lo componen los actos administrativos llevados a cabo, y los no llevados, por los concretos responsables de la Fundación en el año 2014, encaminados a formalizar su liquidación y extinción. Otra vez nos encontramos ante el levantamiento de innumerables defectos administrativos por parte de las Acusaciones, discutidos y rechazados por las Defensas, de los que deducen los primeros el propósito de "blanquear" las entregas del dinero anterior y los segundos no ven otra cosa distinta a la simple formalización de la extinción de la fundación a causa del cese de su actividad por cumplimiento del objeto de su creación. La Juez de Instrucción ve más lógica la segunda interpretación y a ella se suma el Tribunal, a lo que añadimos que no acabamos de entender qué figura delictiva es asimilable





a la expresión del blanqueamiento empleada en sentido vulgar (el artículo 301 del Cp es inadmisibile), pues si los actos anteriores fueran constitutivos de delito lo seguirían siendo por mucho que la Fundación hubiera sido formalmente finiquitada con o sin adecuación a las reglas administrativas procedentes, amén de resultar prácticamente imposible encubrir los actos cometidos después de haber sido documentados y publicados.

Respecto de la responsabilidad de los sujetos que aparecen como protagonistas de la última fase, Juan Enrique tuvo una participación meramente formal y pasiva, y el secretario ejecutor nombrado ad hoc no forma parte del auto impugnado porque la Juez de Instrucción no lo incluyó como investigado después de la decisión de la Audiencia de aceptar el recurso en el que el interesado pedía su continuidad como testigo, una decisión basada en el estado coetáneo de las diligencias respecto al recurrente que no impedía la restauración posterior del inicial criterio judicial en consonancia con la evolución de las diligencias. Lo ocurrido ha sido que la Juez de la instancia no ha practicado ninguna diligencia adicional al respecto, ni las partes las han solicitado, decretando sin solución de continuidad el sobreseimiento de la causa respecto de las personas insertas en el proceso en calidad de investigados, entre las que no se encontraba pues el Secretario de la Fundación. En su consecuencia todas las alegaciones recayentes sobre éste son incongruentes dada su condición de testigo y la ausencia de pronunciamiento alguno sobre él en la primera instancia. El hecho de que conste una declaración en calidad de investigado anterior a la decisión revocatoria de la Audiencia, no significa nada pues es nula de pleno derecho al haberse practicado contrariamente a la decisión del Tribunal, debido a la inaplicación del efecto suspensivo asociado a la interposición por el interesado del recurso de apelación.

En atención a todo lo expuesto y a los propios fundamentos de la resolución recurrida, coherentemente explicativo de la incapacidad de la investigación para justificar debidamente la perpetración de los delitos que han dado lugar a la formación de la causa, dicha resolución debe ser confirmada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **la Sala HA DECIDIDO:**

1º DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y por el Procurador D. José Sapiña Baviera, en representación de la Generalitat Valenciana, en calidad de actor civil, contra el auto de 20 de enero de 2021, desestimatorio de la reforma del auto de sobreseimiento provisional, de fecha 10 de diciembre de 2020, dictados por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, en las diligencias previas nº 357/2016.

2º CONFIRMAR ambas resoluciones.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes, haciéndose saber que contra la misma no cabe ulterior recurso.

Únase testimonio de esta resolución a los autos de su razón y al rollo de Sala.

Así lo acuerda este Tribunal, firmando los/as Magistrados/as más arriba expresados.