



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 3

Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942357125
Fax.: 942357130
Modelo: C1910

Proc.: **APELACIÓN AUTOS INSTRUCCIÓN**

Nº: **0000705/2015**
NIG: 3907543220150013920
Resolución: Auto 000015/2017

Tribunal del Jurado 0002963/2015 - 00
JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 5 de Santander

| Intervención: | Interviniente: | Procurador: |
|---------------|---|-----------------------------|
| Apelante | FRANCISCO JAVIER LÓPEZ MARCANO | GABRIELA MIRAPEIX ECKERT |
| Apelante | ANGEL AGUDO SAN EMETERIO | GABRIELA MIRAPEIX ECKERT |
| Apelante | LUIS EGUSQUIZA MANCHADO | ESTELA MORA GANDARILLAS |
| Apelante | EMILIANO GARAYAR GUTIERREZ | DIONISIO MANTILLA RODRÍGUEZ |
| Apelado | SINDICATO COLECTIVO DE FUNCIONARIOS MANOS LIMPIAS | BEGOÑA PEÑA REVILLA |
| Apelado | SOCIEDAD REGIONAL CANTABRA DE PROMOCION TURISTICA | |
| Apelado | CEP CANTABRIA S.L. | JESÚS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ |
| Querellado | JACOBO DE MONTALVO VIJANDE | CARMEN MANTILLA ABASCAL |
| Querellado | DUMVIRO VENTURES S.L. | CARMEN MANTILLA ABASCAL |

AUDIENCIA PROVINCIAL

CANTABRIA

(Sección Tercera)

Rollo número: 705/2015.

Juzgado: JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 5 DE LOS DE SANTANDER.

Recurso: APELACIÓN.

A U T O N° 15 / 2.017.

=====

ILMOS. SRES.:

Presidente:

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA.

Magistrados:

D.^a MARÍA ALMUDENA CONGIL DÍEZ.

D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA.

=====



En Santander, a 10 de enero de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, se dictó en fecha 11 de mayo de 2015, Auto por el que se acordaba lo siguiente:

- Remitir copia de los autos al Juzgado de Instrucción por ser el órgano competente para pronunciarse sobre la Recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya en las que han intervenido D. Ángel Agudo San Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado, D. Emiliano Garayar Gutiérrez y, D. Jacobo Montalvo Vijande.

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

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

- Incoar procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado y convocar a los imputados el



Ministerio Fiscal y partes personadas a una comparecencia fin de concretar la imputación.

En cumplimiento de lo acordado en dicho Auto, se dictó en fecha 14 de mayo de 2015 diligencia de ordenación acordando deducir los mencionados testimonios para su remisión al juzgado Decano para su reparto a los juzgados de instrucción, así como a la Sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia, acordando asimismo citar a los imputados y demás partes personadas a la comparecencia prevista en el artículo 25 de la LOTJ a fin de concretar la imputación.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto de fecha 11 de mayo de 2015 se interpusieron los siguientes recursos:

A) Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, impugnando tan sólo el pronunciamiento relativo a la decisión de deducir testimonio a la sala en relación con el destino de la subvención concedida al Real Racing Club, e interesando en consecuencia que se dejará sin efecto dicha deducción de testimonio, debiendo continuar la investigación de tales hechos en la presente causa.

B) Por la representación procesal de D. Jacobo Montalvo Vijande y la mercantil Dumviro, S.L. se interpuso recurso de reforma interesando el archivo y sobreseimiento de la causa en tanto no se resolviera sobre la investigación cuyos testimonios se acordaron deducir a favor del Juzgado de instrucción.

C) Por la representación procesal de D. Luis Egusquiza Manchado se interpuso recurso de reforma interesando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.



D) Por la representación procesal de D. Emiliano Garayar Gutiérrez se interpuso recurso de reforma interesando el sobreseimiento libre y archivo de la causa.

E) Por la representación procesal de D. Francisco Javier López Marcano se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación interesando el sobreseimiento provisional o subsidiariamente la práctica de las diligencias interesadas en su escrito de fecha 4 de abril de 2015.

F) Por la representación procesal de D. Ángel Agudo San Emeterio, se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación interesando con carácter principal el sobreseimiento de la causa o subsidiariamente la retroacción y práctica de las diligencias interesadas.

Los mencionados recursos de reforma fueron desestimados por Auto dictado por la Sala de lo civil y penal del TSJC en fecha 1 de junio de 2015, resolución en la que también se acordó tramitar los recursos de apelación subsidiarios interpuestos por el Ministerio Fiscal y la representaciones de los Sres. D. Francisco Javier López Marcano y D. Ángel Agudo San Emeterio.

TERCERO.- Asimismo, contra el inicial Auto de fecha 11 de mayo de 2015 se interpusieron los siguientes recursos de apelación:

A) Por la representación procesal de D. Emiliano Garayar Gutiérrez tras serle desestimado el inicial recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2015 se interpuso recurso de apelación contra el mismo, interesando que se declarara la



nulidad de todo lo actuado hasta el momento procesal de admisión a trámite de la querrela interpuesta, acordando el sobreseimiento libre y archivo de la causa, así como que se abstenga de remitir copia de las actuaciones al juzgado de instrucción alguno.

B) Por la representación procesal de D. Luis Egusquiza Manchado, tras serle desestimado el inicial recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2015 se interpuso recurso de apelación contra el mismo interesando que no se dedujera testimonio de particulares en relación con la recompra de las acciones de Ecoparque Besaya S.L. y solicitando que se acordará el sobreseimiento respecto a dicha actuación. De igual modo, en relación con el testimonio de particulares que se acordó deducir respecto a la adjudicación del contrato de asesoramiento a Garayar Asociados, S.L., se afirma que dicha contratación se ajustó a la normativa administrativa en materia de contratación, debiendo por ello acordarse el sobreseimiento de la causa en relación con dichos hechos. Finalmente en relación con las afirmaciones contenidas en el Razonamiento Jurídico 8º y siguientes del Auto recurrido, relativo a la intervención en el Real Racing Club, se afirma que la actuación del recurrente estuvo amparada en todo momento en los acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno en fecha 22 de diciembre de 2004 y supeditada a las decisiones acordadas por la Consejería de economía y por el Consejo de administración de CEP Cantabria o del ICAF, sin que el recurrente en ningún momento haya desplegado ningún tipo de actividad sin conocimiento, representación y autorización de los Consejos antes mencionados, afirmando que abandonó su actividad en CEP el año 2008 no habiendo por tanto participado en las operaciones de venta de las acciones del Racing al Sr.

Ahsan Alí Syed. Por todo ello, interesa que se acuerde el sobreseimiento y archivo de la causa al no ser los hechos constitutivos de delito alguno.

CUARTO.- De igual modo, por las representaciones procesales de los imputados que habían interpuesto con carácter subsidiario recursos de apelación contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2015, así como por el Ministerio Fiscal se presentaron los correspondientes escritos de alegaciones, reiterando sustancialmente los argumentos esgrimidos en sus iniciales recursos.

A) Por el Ministerio Fiscal en relación con el recurso apelación interpuesto con carácter subsidiario se insistía en la conexidad existente entre la investigación relativa al destino de pago de las subvenciones y los hechos investigados la presente causa, interesando que por ello se dejará sin efecto la deducción de testimonio acordada en el Auto recurrido y se procediera a su investigación conjunta, reiterando la necesidad de practicar las diligencias en su momento interesadas por escrito de 1 de abril de 2015.

B) Por la representación procesal de D. Francisco Javier López Marcano, en relación con el recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario se efectuaron las siguientes alegaciones:

- En primer lugar, se invoca el carácter prospectivo de la investigación, afirmando que pese a que el Auto dictado por la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de justicia de Cantabria en fecha 10 de enero del 2014 fue claro en cuanto los hechos a investigar, la instrucción practicada ha tenido un carácter prospectivo convirtiendo el proceso una causa general, habiéndose investigado hechos que no habían



sido objeto de denuncia previa, abarcando un periodo temporal de casi 10 años, cuando el objeto de investigación se centraba en la firma de los acuerdos suscritos los días 28 y 29 de enero de 2011 entre los responsables del Gobierno de Cantabria y las sociedades Dumviro Ventures S.L. y Western Gulf Advisory Sports Holding, B.V., motivo por el cual interesa que se acuerde el archivo -en lugar de la remisión de testimonios a otros órganos judiciales- en relación con todos los hechos distintos de los contenidos en la querrela.

- En segundo lugar se cuestiona la decisión de desgajar de este proceso los hechos relativos a la subvención concedida al Racing, invocando también la inexistencia de indicios de criminalidad.

- Finalmente se afirma la atipicidad de los hechos que han sido objeto de la querrela.

Por todo ello se interesa que se acuerde el sobreseimiento de la causa y se anule la remisión a la sala del TSJC de la copia de los autos a fin de pronunciarse sobre la aplicación a fines distintos de la subvención de 2 millones de euros anuales al Racing, o en otro caso resuelva continuar con la instrucción de estos hechos en este procedimiento ordenando la práctica de las diligencias de prueba interesadas por escrito de 4 de abril de 2015.

C) Por la representación procesal de D. Ángel Agudo San Emeterio, en relación con el recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario se efectuaron las siguientes alegaciones:

- El primer motivo de impugnación, hace referencia a la denegación de las diligencias de investigación en su día solicitadas por escrito de 1 de abril de 2015.

- En segundo lugar, se impugna la decisión de remitir al juzgado de instrucción las adjudicaciones de contratos sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia a Garayar Asociados, S.L., alegando que no concurre ilegalidad alguna así como que de concurrir existiría conexidad con los restantes hechos investigados en esta causa. Se cuestiona asimismo la remisión del testimonio en relación con el proyecto Ecoparque por la recompra de las participaciones, alegando además de la atipicidad de dicha conducta, la existencia de conexidad con esta causa.

- Finalmente, se alega la atipicidad de las conductas que se imputan al recurrente relativas a la liberación a Dumviro del pasivo del Racing, tanto las relativas a la no reclamación a Dumviro el cumplimiento de las obligaciones del 2005 al 2011, la falta de reclamación del pago del canon o alquiler del 2010, la asunción por CEP del pago de las consecuencias del laudo arbitral mediante acuerdo de 4 de agosto del 2006, la liberación al Racing de la deuda mediante el contrato "artificial" de adquisición de la marca; como la relativas a la condonación de parte de la deuda, levantamiento de la prenda y liberación de las obligaciones de Dumviro en la operación del año 2011.

De todos estos recursos se dio el oportuno traslado a las demás partes personadas, las cuales efectuaron las manifestaciones que constan en los mismos, adhiriéndose la representación de D. Emiliano Garayar Gutiérrez a las manifestaciones efectuadas por



el Ministerio Fiscal en el extremo relativo a la apreciación de la Prescripción.

Ha sido Ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección D.^a María Almudena Congil Díez, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Con carácter previo a la resolución de los cinco recursos de apelación aquí planteados, debe de ponerse de manifiesto que el Auto de fecha 11 de mayo de 2015 que aquí se recurre contiene dos pronunciamientos bien diferenciados. Así, por un lado, acordaba lo siguiente:

“- Remitir copia de los autos al Juzgado de Instrucción por ser el órgano competente para pronunciarse sobre la recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya en las que han intervenido D. Ángel Agudo san Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado, D. Emiliano Garayar Gutiérrez y, D. Jacobo Montalvo Vijande.

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

- Remitir copia de los autos a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia por ser el órgano competente para pronunciarse sobre la aplicación de las subvenciones a fines distintos a los objetivos

de la subvención y el reconocimiento y pago de sucesivos ejercicios, hecho en el que ha intervenido D. Francisco Javier López Marcano".

Y por otro lado, tras exponer en sus Fundamentos jurídicos 8º y 9º las distintas conductas que considera constitutivas de delito y la posible participación de los investigados en las mismas, acordaba "Incoar procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado y convocar a los imputados el Ministerio Fiscal y partes personadas a una comparecencia fin de concretar la imputación".

Siendo esto así, y si bien la sala va a proceder al análisis diferenciado de cada uno de los recursos, por razones sistemáticas y con la mira de lograr una mayor claridad expositiva, habida cuenta las numerosas conductas investigadas, y la propia naturaleza de la argumentación desplegada en el Auto recurrido, que relaciona y conecta unas conductas con otras en base a un "concierto de voluntades" destinado a defraudar al ente público en beneficio de terceros y al hecho de que varios de los argumentos expuestos por los recurrentes resultan coincidentes; va a intentar analizar de forma diferenciada los dos bloques de conductas antes mencionados, esto es por un lado, aquellas conductas respecto a las cuales el Auto recurrido acuerda deducir los oportunos testimonios por entender que si bien presentan apariencia delictiva no existe conexidad con las inicialmente investigadas en esta causa, y por otro lado, aquellas otras conductas que se relacionan de forma extensa en el fundamento jurídico 8º del Auto recurrido, y que a juicio de la magistrada instructora presentan indicios de integrar los delitos de Malversación de caudales públicos y Fraude a ente público, delitos ambos respecto a los que entiende



indiciariamente responsables a D. Francisco Javier López Marcano, D. Ángel Agudo San Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado y D. Jacobo Montalvo Vijande, entendiendo que D. Emiliano Garayar Gutiérrez es a su vez, presuntamente responsable del delito de Fraude a ente público.

Expuesto lo anterior, y con carácter previo debe de ponerse de manifiesto, tal y como así lo apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones de fecha 16 de julio de 2015, que al haber perdido el imputado D. Francisco Javier López Marcano su condición de aforado, y haberse dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 24 de junio de 2015 Auto declarándose incompetente para conocer de la presente causa, han decaído los argumentos desgranados en el Auto recurrido relativos a la incompetencia de la magistrada instructora para investigar aquellos hechos en los que no constaba la intervención del inicialmente aforado, Sr. López Marcano y que no guardaban conexidad con los atribuidos al mismo, así como aquellos hechos que a su entender no se encontraban incluidos entre los inicialmente denunciados en el escrito de querrela y para cuya investigación se afirmaba no contar con la oportuna delegación de la Sala de lo penal del TSJC, ello al haber desaparecido de forma sobrevenida tales óbices procesales. Tal cambio de circunstancias permite por tanto a esta sala analizar con plenitud de criterio la globalidad de dichas conductas, esto es tanto la existencia de indicios de criminalidad respecto a su comisión, como la existencia de relación de conexidad entre unas y otras.

Dicho lo anterior, deben pues analizarse cada uno de los recursos.



SEGUNDO.- Recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL.

Como se ha dicho, nos encontramos con que el Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de alegaciones en relación con los recursos de apelación interpuestos por el resto de los investigados, habida cuenta las circunstancias procesales sobrevenidas consistentes en la pérdida de competencia de la sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, efectuó nuevas y relevantes alegaciones. Dichas alegaciones, si bien no constituyen el objeto de este recurso, sí que resultan relevantes por cuanto en definitiva vienen a apoyar las efectuadas por el resto de los recurrentes, afirmando en relación con las conductas que se relatan en el fundamento jurídico 8º del Auto recurrido, que la única conducta que a su entender presenta apariencia delictiva es la relativa a la venta del Racing en el mes de enero del año 2011, entendiéndose en consecuencia que en relación con el resto de las conductas allí relacionadas procede con estimación de los recursos, acordar el sobreseimiento provisional, sobreseimiento que en relación con D. Emiliano Garayar Gutiérrez debe de ser libre por Prescripción.

Así pues, y al margen de tales alegaciones que como se ha dicho no constituyen el objeto del presente recurso, la sala debe analizar si como interesa el Ministerio Fiscal debe dejarse sin efecto el pronunciamiento del Auto recurrido consistente en *"acordar remitir copia de los autos a la Sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia por ser el órgano competente para pronunciarse sobre la aplicación de las subvenciones a fines distintos a los objetivos de la subvención y el reconocimiento y pago de sucesivos ejercicios al entender que en dichos hechos*



había participado D. Francisco Javier López Marcano", que en ese momento era aforado; estimación que a su entender traería consigo la necesidad de dejar sin efecto la acomodación a los trámites del procedimiento por jurado al poder constituir tales hechos un delito de prevaricación administrativa delito cuya investigación está excluida de forma expresa de los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado a tenor de lo dispuesto en artículo 5.2 de la LOTJ.

Siendo esto así, y en relación con dicha cuestión lo cierto es que en el Auto recurrido se acuerda remitir copia de los autos a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria por entender que es el órgano competente para pronunciarse al respecto, al haber intervenido en los mismos el entonces aforado D. Francisco Javier López Marcano, entendiéndose que no existía conexidad alguna entre dicha conducta, que entiende pudiera ser constitutiva de los delitos de Prevaricación, Malversación de caudales públicos y Fraude a ente público, y los hechos investigados en esta causa, dedicando el Auto recurrido su fundamento jurídico 7º a razonar al respecto. De igual modo, en el Auto resolutorio del previo recurso de reforma se reiteran los argumentos expuestos en el Auto recurrido haciéndose expresa mención a que no se han apreciado indicios de la presunta comisión de delito en el otorgamiento de la concesión de la subvención que se realizó por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2005, por Decreto 161/2005 de 23 de diciembre y en virtud del Convenio de 30 de enero de 2006 autorizado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de diciembre de 2005, centrando los indicios delictivos en la *"indiciaria aplicación de la cantidad anual a objeto distinto y en los sucesivos*

pagos pese a la falta de justificación". A dicho fin se afirma que la relación de los gastos efectuados se presenta por el Racing que es quien percibe la subvención, y que el cumplimiento de las condiciones generales y particulares que motiva los sucesivos pagos se certificó por los correspondientes Directores Generales de deportes del Gobierno de Cantabria, realizándose los pagos por la Consejería de Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria de la que en ese tiempo era titular D. Francisco Javier López Marcano, afirmando en consecuencia que dicha conducta sería presuntamente imputable tanto a los responsables del Racing, como a los cargos de la Consejería que hubieran firmado, y aprobado las justificaciones y ordenado el pago de las sucesivas subvenciones.

Así pues, en dicho Fundamento Jurídico 7º se afirma que "con ocasión de las diligencias de investigación practicadas se tuvo noticia de la aplicación de las subvenciones concedidas por el Gobierno de Cantabria al Racing, a fines distintos de aquellos que fueron fijados en la norma de concesión", para acto seguido proceder a analizar las diligencias de investigación practicadas, mencionando como indicios de criminalidad los siguientes:

- En relación con el reconocimiento y pago de la subvención se afirma que el Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización correspondiente a los ejercicios 2006 y 2007, en relación con la justificación de la subvención, ya advirtió de la inexistencia de detalle sobre las actividades declaradas, afirmando que el desglose de los gastos incluidos en cada una de ellas evidencia que se incluyeron partidas y cuantías referidas a conceptos ajenos al objeto de la subvención, tales como,



servicios jurídicos, seguros de vida de jugadores y seguridad social de jugadores, pese a lo cual siguieron reconociendo las posteriores subvenciones incluso sin tener en cuenta la exigencia de que la situación financiera del club se hubiera fortalecido.

- En relación con la aplicación o destino de la cantidad recibida por el Racing a fines ajenos a los objetivos previstos en la subvención, se afirma que tal desvío pudiera desprenderse del hecho de que la subvención se ingresaba en una cuenta respecto a que el Racing había otorgado un poder irrevocable a favor de CEP como garantía del cumplimiento del contrato de alquiler de la marca Racing de 21 de marzo de 2006, afirmando que incluso la falta de pago de la subvención del año 2010 se vinculó directamente al impago en ese ejercicio del canon o alquiler de la marca.

Expuesto lo anterior, la sala, vista la naturaleza de dichos hechos, no aprecia conexidad alguna entre los mismos y los investigados en la presente causa, máxime si se tiene en cuenta que el propio Ministerio fiscal en definitiva, entiende que ninguna de las conductas a que se hace referencia en el Fundamento Jurídico 8º, a excepción de la relativa a los contratos suscritos en enero del año 2011, presenta visos de delito, encontrándonos con que no cuestionándose por ninguna de las partes la regularidad de la concesión en el año 2005 de la mencionada subvención anual por importe de 2 millones de euros al club deportivo Racing, única cuestión que inicialmente pudiera haberse entendido vinculada con los hechos denunciados en el escrito de querrela, todo lo relativo a la ulterior justificación del cumplimiento de las condiciones por parte del club deportivo, o al reconocimiento y pago de las subvenciones



correspondientes en cada anualidad, se encuentra claramente desconectado de los hechos aquí investigados, no existiendo riesgo alguno de incurrir en resoluciones contradictorias en el caso de investigarse separadamente. Por todo ello, la sala entiende que, tanto a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en el artículo 5.2 de la LOTJ, no nos encontramos ante un supuesto de conexidad que justifique la investigación y el eventual enjuiciamiento conjunto, encontrándonos ante hechos cuya investigación puede y debe efectuarse en causa independiente, siendo en este sentido a juicio de la sala correcta la decisión de la magistrada instructora de desgajar su investigación, con la matización de que habida cuenta la pérdida de D. Francisco Javier López Marcano de su condición aforado, dicho testimonio deberá de remitirse al Juzgado de instrucción que por turno corresponda.

TERCERO.- Recurso interpuesto por D. EMILIANO GARAYAR GUTIÉRREZ.

La sala, con la mira de lograr una mayor claridad expositiva va alterar el orden de los motivos de oposición alegados por dicho recurrente, comenzando por analizar la cuestión previa relativa la nulidad radical invocada, por cuanto su estimación haría innecesario examinar el resto de los motivos de oposición, para a continuación analizar la procedencia de deducir contra el recurrente los oportunos testimonios en relación con la recompra de Ecoparque Besaya Sl y en relación a la contratación de su despacho de abogados, "Garayar Asociados, SL", así como la prescripción invocada; debiendo finalmente, caso de no estimarse la



prescripción, analizarse su participación en las conductas a que se refiere el fundamento jurídico 8º del Auto recurrido, conductas respecto a las que en el Auto recurrido se acuerda la continuación del presente procedimiento por los cauces previstos para el juicio por jurado.

.- **En primer lugar** se alega por el recurrente, que el Auto recurrido y en definitiva la totalidad del procedimiento adolece de **nulidad radical** por infracción de las normas que regulan el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, al haberle ocasionado indefensión.

Funda el recurrente tal alegación en la afirmación de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LOTJ desde el mismo momento en que se dictó el Auto de admisión a trámite de la querrela interpuesta, la sala debió de haber incoado el correspondiente procedimiento por jurado, entendiéndose que al haberse seguido la instrucción por los trámites de las diligencias previas en clara contravención de la legalidad procesal, se han mermado sus garantías y se ha ocasionado al recurrente efectiva indefensión al haberse visto privado de los concretos y específicos mecanismos y garantías del procedimiento de la LOTJ le concede en defensa de sus intereses. Se afirma que la instructora acordó su imputación de oficio y de manera tardía, mediante providencia de 11 de noviembre de 2014, lo que a su entender no le hubiera sido posible de haberse seguido la causa desde el inicio conforme a los trámites previstos por la mencionada LOTJ, por cuanto en la misma la iniciativa del juez instructor a la hora de acordar diligencias de investigación es meramente complementaria de la de las partes, estando reducidas sus facultades para investigar de oficio.



En este sentido debe recordarse que el artículo 238 de la LOPJ dispone que "los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) 3º cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión". No basta pues la constatación de una vulneración de una norma esencial reguladora del proceso, sino que es indispensable que dicha vulneración haya supuesto una merma relevante en el derecho de defensa de quien la alega, lo que a juicio de la sala no ha acontecido en el presente caso.

En este sentido, no puede desconocerse que efectivamente tanto el artículo 24 de la LOTJ como el artículo 309 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal disponen de forma sustancialmente idéntica que cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, o tan pronto como de cualquier actuación procesal resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, previa valoración de su verosimilitud, "procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado". No obstante lo anterior debe de recordarse que el propio artículo 24 de la LOTJ en su apartado 1º in fine, también dispone que tal incoación se hará "practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar", disponiendo asimismo en su apartado 2º que "la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será supletoria en lo que no se oponga a los preceptos de la presente Ley", para instaurar a continuación en sus artículos 25 y siguientes la posibilidad del juez instructor de acordar, si bien con el carácter de diligencias complementarias respecto a las solicitadas



por las partes, las diligencias de investigación "que estime necesarias, limitadas a la comprobación del hecho justificable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras". De lo anteriormente expuesto, se desprende que si bien es cierto que en el marco del procedimiento regulado en la LOTJ la potestad del juez instructor de acordar diligencias de investigación de oficio, está en cierta medida limitada o subordinada a la necesidad de complementar aquellas diligencias interesadas por las partes procesales, lo cierto es que dicha posibilidad subsiste.

Asimismo, el artículo 760 de la Ley de enjuiciamiento criminal en el marco del procedimiento de diligencias previas, dispone que iniciado un proceso conforme a las normas de esta ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo objeto sea competencia del Tribunal del jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis, siendo precisamente este precepto, el aplicado por la magistrada instructora en el Auto que ahora se recurre.

Siendo esto así, lo cierto es que una detenida lectura del extenso escrito de querrela permite a la sala afirmar que pese a que la misma no se dirigió -en calidad de querrellado- contra quien hoy recurre, lo cierto es que tal y como así lo exige el artículo 277 de la Ley de enjuiciamiento criminal, la querrela contiene un extenso relato de los hechos presuntamente delictivos, haciendo referencia de forma reiterada a la relación del recurrente D. Emiliano Garayar con los responsables del Gobierno regional querrellados, así como con la mercantil Dumviro Ventures, S.L. a cuyos socios mayoritarios -familia Montalvo- se imputa haber sido objeto de un continuado trato de favor por parte



de los representantes públicos, sociedad de la que incluso se afirma que el Sr. Garayar fue socio constituyente, llegando incluso a sostener en su página 47 la existencia de un *"propósito concertado y compartido entre la administración y el letrado"*. De igual modo se afirma, en relación con las sucesivas contrataciones de su despacho de abogados por parte de la administración, que existe una *"aparente ausencia de un verdadero expediente de contratación, indeterminación de honorarios"* así como que *"en esa relación nace y se justifica el trato de favor continuado a Dumviro ventures S.L."*. En suma, pese a la falta de imputación formal al recurrente por parte de la querellante, lo cierto es que en el escrito de querrela se vierten graves imputaciones frente a D. Emiliano Garayar aludiendo a un supuesto *"concierto"* entre el mismo y los querrellados para la comisión de los delitos objeto de la querrela, haciendo una clara referencia al dictado por parte de los representantes de la administración de resoluciones arbitrarias o injustas consistentes en la adjudicación al recurrente de contratos de servicios al margen de todo procedimiento, afirmaciones que de resultar acreditadas serían constitutivas de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del código penal, delito que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la LOTJ está expresamente excluido de la competencia del Tribunal del Jurado.

En este contexto, la decisión de la magistrada instructora de incoar en un primer momento diligencias previas, no acordando la acomodación a los trámites previstos para el procedimiento por jurado sino hasta el dictado de la resolución que ahora se recurre, una vez practicadas las diligencias de instrucción que

entendió necesarias; a juicio de la sala no ha supuesto vulneración de la normativa procesal alegada, ni merma alguna del derecho de defensa del recurrente, al que desde su imputación le ha sido posible, al igual que al resto de las partes, participar con plenitud de derechos en la instrucción practicada, entendiéndose que el mismo ha sido suficientemente informado de los hechos que se le imputaban, al menos en el momento en el que prestó declaración en calidad de imputado, debidamente asistido de Letrado el día 10 de diciembre de 2014, entendiéndose la sala que en el Auto que ahora se recurre se recogen de forma suficiente los hechos que a juicio de la magistrada instructora constituyen el fundamento de su imputación, máxime cuando al encontrarnos ante el procedimiento previsto para el Tribunal de jurado, la imputación tal y como así lo dispone el artículo 25 de la ley reguladora, se concreta en una comparecencia ulterior, a la que tanto el recurrente como el resto de los imputados fueron convocados en el Auto recurrido. Debe pues rechazarse la nulidad de actuaciones interesada.

.- **En segundo lugar**, como ya se ha avanzado, la sala va analizar la **procedencia de deducir los testimonios de particulares comenzando con el relativo a la contratación de Garayar Asociados, S.L.**, la magistrada instructora acuerda remitir copia de las actuaciones al Juzgado de instrucción competente para pronunciarse sobre "*las adjudicaciones sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia a Garayar Asociados, S.L.*", conducta a la que el Auto recurrido dedica su fundamento jurídico 6º y que entiende pudiera ser constitutiva de los delitos de prevaricación, malversación de caudales y fraude a ente público, delitos que imputa tanto al recurrente D. Emiliano Garayar Gutiérrez, como a los querrelados D. Luis



Egusquiza Manchado y D. Ángel Agudo San Emeterio, afirmando que a consecuencia de tal conducta se ha ocasionado un perjuicio económico a la empresa pública CEP Cantabria por importe de 1.844.954,98 €. Como fundamento de tal decisión, se afirma en la resolución recurrida que los querellados han otorgado *"un trato de favor"* a D. Emiliano Garayar por su intervención en la compra del Racing por parte de Dumviro Ventures, S.L., trato de favor que se concreta en la adjudicación de sucesivos contratos con ausencia de expediente de contratación, publicidad y concurrencia, e incluso sin determinar el precio y que ha dado lugar a que desde el año 2006 el recurrente haya percibido de las empresas públicas de la comunidad de Cantabria una cantidad cercana a los 8 millones de euros, percibiendo solo de CEP Cantabria la suma de 1.844.954, 98 €. Asimismo, se afirma que en el denominado *"Proyecto hospitales"*, si bien el señor Garayar fue contratado por CEP tras un concurso público que fue convocado considerando la existencia de urgencia y con una limitación temporal de tres meses, su contratación se extendió en el tiempo durante años, afirmando que en el resto de los casos fue contratado *"sin publicidad, concurrencia, sin expediente administrativo alguno y sin determinación del precio"* e incluso *"en algún caso"* -que por lo demás no se concreta-, *"sin que responda al desarrollo efectivo de actividad"*. De igual modo se afirma que el exceso en su facturación es *"ostensible"*, lo que a su entender se desprende con toda claridad de la mera comparación entre sus facturas y las emitidas por el despacho de abogados *"Gómez-Acebo & Pombo, S.L."* que seguía siendo adjudicatario de la prestación de servicios de asesoramiento jurídico en virtud de contrato suscrito con CEP mediante concurso público.



Dicho lo anterior, la sala tras examinar con detenimiento y en su integridad las numerosas diligencias de investigación practicadas y en especial la abundante documental que obra en la causa, llega a la conclusión de que dichas imputaciones carecen de suficiente respaldo y apoyo probatorio, no existiendo indicio alguno de que la facturación efectuada por el despacho "Garayar Asociados, S.L.", del que por lo demás formaba parte tanto el recurrente como otros letrados fuera excesiva, ni mucho menos que no obedeciera a la efectiva prestación de servicios profesionales, no existiendo por tanto base alguna para afirmar ni tan siquiera de forma indiciaria que el despacho de abogados del que formaba parte el recurrente haya prestado servicios profesionales para la administración pública al margen de los cauces legales, ni que como también se afirma en el Auto recurrido, las adjudicaciones de los contratos de asesoramiento se efectuaran por las empresas del sector público de Cantabria como recompensa por su colaboración en el año 2005 en la compra por parte de la mercantil Dumviro de las acciones del Real Racing Club, tratándose en definitiva de afirmaciones carentes de todo sustento probatorio. En este sentido, si bien es cierto que tal y como consta documentado en la causa, la empresa Dumviro Ventures, S.L. que por contrato privado de compraventa de fecha 29 de diciembre de 2005 adquirió el 53,43% del capital social del Club deportivo Real Racing Club, SAD, se constituyó por D. Emiliano Garayar y por el D. Francisco Gregorio Olmedo el mismo día 29 de diciembre de 2005; no puede obviarse que la única participación que se reservó el Sr. Garayar en dicha constitución se la vendió a la sociedad "Gestión Espronceda 27, S.A." por 1 euro el día 10 de marzo de 2006, esto es, antes incluso de que dicha compraventa privada, por lo demás sujeta a



condición suspensiva, surtiera efectos legales y se elevará a Escritura Pública, elevación que tuvo lugar por escritura pública de 21 de marzo de 2006, sin que obre en la causa ningún dato que permita afirmar que durante el corto periodo de tiempo que el Sr. Garayar formó parte de dicha sociedad, desempeñara en la misma actividad relevante alguna, encontrándonos por lo demás con que conforme a la legislación en materia de sociedades quien tiene una reserva de una denominación social, debe de acudir en calidad de socio a la escritura fundacional de la misma. Avala lo anterior, el contenido de la oferta vinculante que D. Francisco Gregorio Olmedo Manzanegue, a título personal y no a través de ninguna empresa, efectuó el 12 de diciembre de 2005 y que fue remitida a la mercantil CEP a la atención de D. Luis Egusquiza (oferta que consta en la causa al Tomo XV de la documental, folio 683 y siguientes) por cuanto en su cláusula 5ª in fine se hacía constar literalmente que *"la oferta se instrumentará a través de una sociedad constituida al efecto en la que se contempla dar cabida otros inversores de reconocida solvencia, conociendo y asumiendo CEP Cantabria y Cantur tal circunstancia"*, lo que explica que para formalizar dicha operación de compraventa se constituyera la sociedad Dumviro Ventures, S.L., cuya denominación tenía reservada el Sr. Garayar, no excediendo por tanto su participación de la mera aportación de una denominación social como por lo demás así se ha sostenido tanto por el recurrente como por los Sres. Olmedo y Egusquiza en sus declaraciones. Decae por tanto la motivación a que se refiere el Auto recurrido, cuando hace referencia al supuesto deseo de los querellados de recompensar al Sr. Garayar su participación en la venta de las acciones del Racing a la mercantil Dumviro Ventures, S.L. en diciembre del año 2005, ello por cuanto a juicio de la



sala la participación que tuvo el recurrente D. Emiliano Garayar, fue absolutamente neutral e inocua, sin que obren en la causa datos que permitan afirmar que el mismo desempeñara ningún tipo de actuación irregular, siendo su labor principal la propia de un asesor jurídico.

Deben analizarse las diligencias de investigación practicadas.

Así pues, efectivamente consta documentado en las actuaciones que la mercantil Garayar Asociados, S.L. efectivamente prestó servicios profesionales de asesoramiento para la empresa pública CEP Cantabria, S.L. habiendo presentado la propia CEP una relación de hasta 13 proyectos o trabajos en los que dicha mercantil prestó sus servicios profesionales en el período comprendido entre los años 2006 y 2010, facturando por dichos trabajos un total de 1.844.954,98 euros, como con acierto se afirma en el Auto recurrido. Asimismo, el análisis de dicha relación remitida por la propia empresa pública CEP evidencia que 11 de los 13 proyectos le fueron adjudicados a Garayar Asociados, S.L. en virtud de distintos contratos suscritos durante los años 2006, 2007 y 2008, -algunos de ellos con sus respectivas prórrogas o adendas-, encontrándonos con que tan sólo en dos de los mencionados proyectos, en concreto en los relativos al asesoramiento en la compraventa de acciones del Real Racing club de Santander y al asesoramiento en la estructuración y ejecución de la titulización de los derechos de cobro del contrato relativo a la marca Racing, no consta la existencia de contrato de adjudicación, constando asimismo que en relación con el primero de ellos se efectuaron por Cep pagos a Garayar Asociados, S.L. por importe de 46.400 € y que en relación con el segundo de



ellos se le hicieron pagos por importe de 54.810 €. En consecuencia, es dable concluir que no existe indicio alguno de la vulneración por parte de la empresa pública CEP Cantabria, de los principios de publicidad y concurrencia en relación con al menos 11 de los 13 proyectos mencionados, por cuanto dichos encargos no solo consta que se documentaron a través de los correspondientes contratos -los cuales como se ha dicho se mencionan en la relación remitida por CEP con expresa referencia a sus fechas-, sino que además basta analizar las actas del Consejo de administración de la empresa pública CEP Cantabria que obran al Tomo V de la documental para constatar que la adjudicación de dichos proyectos se efectuó siempre en el marco de dichos Consejos de administración de la sociedad pública CEP y además por unanimidad de todos sus integrantes, no desprendiéndose por lo demás de las diligencias de investigación practicadas indicio alguno de que los importes facturados en ejecución de dichos proyectos fueran excesivos, ni de que se facturan trabajos no efectuados, habiéndose aportado a las actuaciones, (Tomo V de la documental) tanto los acuerdos adoptados por el Consejo de administración de CEP como por la Comisión ejecutiva y las juntas generales de accionistas justificativos de dichas contrataciones. De igual modo, tampoco obra en la causa ningún informe, ni de auditores, ni del Tribunal de Cuentas encargado de la fiscalización de los entes y empresas del sector público de Cantabria, que cuestione o ponga en duda ni la regularidad del proceso de contratación de dichos asesoramientos, ni las partidas y cuantías de la facturación emitida por dicho despacho de abogados. En esta situación, y sentada la regularidad formal de la actividad de prestación de servicios de asesoramiento desempeñada por Garayar abogados S.L. en relación a 11 de los 13 proyectos que desarrolló en el período



comprendido entre los años 2006 y 2010, la sala a continuación va a proceder a analizar la situación relativa a los otros dos trabajos de asesoramiento que llevó a cabo la mercantil Garayar asociados, S.L., esto es el proceso de adjudicación y ejecución relativos a la compraventa de las acciones del Racing y a la titulización antes mencionados.

En este sentido, consta documentado en las actuaciones -Tomos V y XVI de los que albergan la documental aportada-, que en la reunión del Consejo de administración 4/2004 de CEP celebrada el 21 de diciembre de 2004 a la que asistieron tanto D. Francisco Javier López Marcano, como su Presidente D. Ángel Agudo San Emeterio y el Consejero delegado D. Luis Egusquiza Manchado, entre otros, este último expuso ampliamente a los asistentes la necesidad de contratar una firma de abogados que se encargara de prestar asesoramiento, acordándose por unanimidad contratar por el procedimiento de urgencia los servicios de asesoramiento de una firma de abogados por dos años, prorrogables por otros dos, estableciéndose un precio a tanto alzado de 70.000 € anuales. Asimismo consta documentado en la causa que tras publicarse en el BOC el día 21 de diciembre de 2004 un concurso a dicho fin, al que se presentaron nueve ofertas, en la reunión del Consejo de administración de CEP nº 5, 1/2005 celebrada el 15 de febrero de 2005, a la que también asistieron los tres querellados antes mencionados, se acordó adjudicar al despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo-Abogados, S.L. la prestación de servicios de **"asesoramiento y asistencia técnico jurídica de forma continuada para el análisis, definición, estructuración y desarrollo bajo su supervisión de los proyectos y actuaciones que esta sociedad promueva por sí o a través de sus filiales**

participadas", suscribiéndose en consecuencia en fecha **10 de marzo de 2005** entre la mercantil CEP y Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L., y por plazo de dos años, prorrogables por otros dos, "un contrato marco" de prestación de dichos servicios. De la lectura de dicho contrato se desprende que en su cláusula 12 se preveía expresamente que *dada la relevancia que las partes otorgan a los elementos personales contemplados en el presente contrato, ninguna de las partes podrá ceder, total o parcialmente, los derechos y obligaciones previstas en el mismo, ni subrogar a un tercero en su posición contractual, sin el previo consentimiento por escrito de la otra parte;* contemplándose asimismo en la cláusula 17 que en el desarrollo de dicho contrato se nombraban interlocutores a D. Luis Egusquiza Manchado, D. Emiliano Garayar Gutiérrez y D. Carlos Vázquez Cobos, siendo por lo demás un hecho incuestionable que en dichas fechas el recurrente D. Emiliano Garayar Gutiérrez formaba parte en calidad de socio de dicho despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L..

Asimismo, consta documentado en la causa que en fecha **19 de diciembre de 2005** la firma Gómez-Acebo & Pombo suscribió con D. Emiliano Garayar Gutiérrez un **acuerdo de separación**, acuerdo en el que se hacía constar que D. Emiliano Garayar el 15 de noviembre de 2005 había manifestado al Consejo de administración de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L. **su decisión de separarse como socio de la firma con efectos desde el 31 de diciembre de 2005** para iniciar su propia andadura profesional. En dicho acuerdo que consta unido a las actuaciones al mencionado Tomo XVI, hay varias cláusulas tachadas cuyas tachaduras están enmendadas por las firmas de los suscribientes. En relación con dichas tachaduras, el Sr. Garayar fue preguntado en su

declaración en calidad investigado, manifestando que las mismas obedecían a una modificación de dicho acuerdo de separación que tuvo lugar en enero del año 2006, toda vez que los socios de Gómez-Acebo & Pombo por estatuto tenían la obligación de abstenerse de hacer la competencia al salir del despacho, así como de abstenerse de contratar trabajadores de la empresa la que pertenecían, declarando que en virtud de dichas modificaciones estas dos condiciones le fueron levantadas expresamente en su acuerdo de salida por parte del socio director y del Presidente de la firma, para permitirle que pudiera seguir trabajando los asuntos del Racing y de CEP Cantabria amparados por el mencionado Acuerdo Marco y para que pudiera contratar trabajadores de Gómez-Acebo & Pombo, manifestando asimismo que además durante seis meses siguió colaborando y percibiendo una retribución de Gómez-Acebo & Pombo, hasta junio del 2006. Dichas afirmaciones, han quedado plenamente corroboradas a la vista del contenido del informe remitido por el despacho Gómez-Acebo & Pombo, a requerimiento de la Magistrada instructora. Así pues, tal y como se desprende de la lectura de la contestación remitida por dicho despacho que obra al Tomo XVII de la documental, -folios 990 y siguientes-, el mencionado despacho de abogados informó en el sentido de corroborar tanto la existencia de dicho acuerdo de separación como la validez de las tachaduras y modificaciones introducidas el día 16 de enero de 2006 en el mismo en los términos expresados por D. Emiliano Garayar, justificando asimismo la veracidad de un total de seis facturas emitidas por el recurrente Sr. Garayar a Gómez-Acebo & Pombo tras dicho acuerdo de separación. Así pues, Gómez-Acebo & Pombo en suma vino a confirmar que el contrato de separación firmado con Emiliano Garayar el 19 de diciembre de 2005 inicialmente contenía tres



previsiones o cláusulas (primera, segunda y tercera) que fueron eliminadas mediante la modificación efectuada el 16 de enero de 2006, confirmando que a partir de dicha modificación finalizaron las obligaciones que Emiliano Garayar había asumido con la firma, consistentes en: Primera: "hacer una transición ordenada a los profesionales de la firma que ésta designe de los expedientes su cargo y en especial en los asuntos y clientes que se relacionaban el anexo único a dicho acuerdo". Segunda: "prestar sus servicios profesionales en los asuntos y clientes a cargo y en especial en los temas y clientes que se relacionan en dicho anexo único, (...) por cuenta de la firma que será quien emita las corrientes facturas, facturando mensualmente la firma las horas que a petición de ésta haya dedicado a dichos asuntos a partir del 1 de enero de 2006. Tercera: "abstenerse de contratar o incorporar a su nuevo proyecto profesional a cualquiera de los letrados que trabajan actualmente la firma", ello al eliminarse el contenido de las tres cláusulas antes transcritas. El examen de dicho anexo único que obra al folio 1007 de dicho Tomo, evidencia que en el mismo, entre otros, se hacían constar como expedientes que hasta ese momento llevaba directamente Emiliano Garayar, los relativos a la "reestructuración financiera y accionarial del Real Racing club de Santander, S.A.D, así como el relativo a la "fundación Racing y Ciudad deportiva", mencionándose como expedientes en los que Emiliano Garayar intervenía como coordinador y responsable último, entre otros los siguientes "esquema institucional para construcción de hospitales y centros de salud por parte de la comunidad autónoma de Cantabria, Ecoparque Reocín y arbitraje de derecho con los vendedores del Real Racing Club de Santander. En suma la firma Gómez-Acebo & Pombo liberó a D. Emiliano Garayar de la obligación de continuar por



cuenta de la misma con la gestión de dichos asuntos, permitiendo por contra a dicho letrado continuar por su cuenta con dicha gestión, liberándole asimismo de la prohibición de contratar a abogados de dicha firma para su nuevo despacho de abogados, liberación, que también se encuentra corroborada desde el momento en que de las declaraciones practicadas se desprende que tanto D. Gervasio Martínez Villaseñor como D. Javier de Montalvo Cleofe y D. Eduardo Abril, eran colaboradores de Gómez-Acebo & Pombo que se incorporaron al nuevo despacho abierto por el Sr. Garayar. En suma, en lo que aquí nos interesa, se permitió a D. Emiliano Garayar continuar la tarea de asesoramiento ya iniciada, en relación entre otros, con el proceso de reestructuración accionarial y financiera de las acciones del Racing, consintiendo en suma, y por escrito, la cesión a D. Emiliano Garayar de la gestión de tales asuntos.

Así pues, acreditada documentalmente la existencia de autorización, prestada por Gomez-Acebo & Pombo a D. Emiliano Garayar para continuar con el asesoramiento que venía prestando a CEP en los asuntos relacionados con la mencionada reestructuración accionarial y financiera del Club deportivo Racing, debe analizarse si dicha cesión fue igualmente querida y consentida por CEP. Si bien es cierto que al Tomo XVII de la documental consta una contestación remitida por la empresa CEP en relación con el contrato marco firmado entre CEP y Gómez-Acebo & Pombo el 10 de marzo de 2005 y sus sucesivas prórrogas, en la que se hace constar que el contrato suscrito con Gómez-Acebo & Pombo en el año 2005 rigió con la duración inicial pactada de dos años y una única prórroga por otros dos años adicionales, prórroga que no se formalizó por escrito, así como que Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L. no comunicó la cesión del contrato a CEP, ni está

prestó consentimiento alguno a que D. Emiliano Garayar continuará gestionando los asuntos que gestionaba por encargo de CEP cuando era socio de Gómez-Acebo & Pombo; cobra sustancial relevancia lo manifestado por el propio D. Luis Egusquiza Manchado en calidad investigado, por cuanto el mismo no sólo era el Consejero delegado de CEP Cantabria, sino que también era junto con D. Emiliano Garayar uno de los interlocutores designados para el desarrollo del contrato de asesoramiento entre CEP y Gómez-Acebo & Pombo. En este sentido, nos encontramos con que el Sr. Egusquiza vino a reconocer en dicha declaración que cuando D. Emiliano Garayar constituyó el nuevo despacho, ellos negociaron con Gómez-Acebo & Pombo para que D. Emiliano *"llevara el tema hasta el final"*, habiendo declarado que en relación con la denominada operación de titulización, íntimamente relacionada con el proceso de compraventa, CEP acudió ya directamente al nuevo despacho del Sr. Garayar, manifestaciones que sin lugar a dudas evidencia que por parte de CEP se consintió expresamente en dicha cesión.

La sala no aprecia por tanto ningún motivo espurio en el hecho de que el Sr. Garayar pese a abandonar el mencionado despacho continuará con la gestión ya iniciada en relación con el proceso de compraventa accionarial y reestructuración financiera del Racing, entendiéndose por el contrario que dicha continuidad resultaba no sólo legítima sino de todo punto conveniente para los intereses públicos, desde el momento en que D. Emiliano Garayar, pese a haber abandonado el despacho de Gómez-Acebo & Pombo era la persona que desde el inicio se había encargado de dicha gestión en relación con el mencionado Club deportivo, siendo por ello sin duda el mejor conocedor de las circunstancias concurrentes y por ello la persona más



idónea para continuar con los procesos ya iniciados, máxime si se tiene en cuenta que el contrato privado de compraventa y cesión de derechos de 29 de diciembre de 2005 ya había sido suscrito con anterioridad a que el Sr. Garayar abandonara la firma Gomez-Acebo & Pombo. En suma, esta sala entiende que la cesión de la gestión de dichos asuntos ya iniciados al nuevo despacho de abogados constituido por D. Emiliano Garayar Gutiérrez, fue expresamente consentida por todas las partes, consentimiento que si bien no se documentó por escrito como exigía la cláusula 12 del acuerdo marco entre CEP y Gómez-Acebo & Pombo abogados, fue plenamente otorgado por todos los afectados, lo que nos situaría en el peor de los casos, ante una irregularidad meramente formal e inocua, que por ello debe de quedar extramuros de la órbita penal. Esta conclusión además viene reforzada desde el momento en que el otro interlocutor designado en el mencionado contrato de asesoramiento, a saber D. Carlos Vázquez Cobos al declarar en calidad de testigo afirmó que él no participó en el proceso de venta de las acciones del Racing a la mercantil Dumviro, participando tan sólo en la venta de dichas acciones a la mercantil WGA que tuvo lugar ya en el año 2011, lo que explica y justifica el legítimo interés de la mercantil CEP en que el Sr. Garayar, que como socio integrante del despacho Gómez-Acebo & Pombo, desde el principio, había gestionado y participado activamente en todo el proceso de selección de comprador, en la compraventa de acciones y cesión de derechos que tuvo lugar por contrato privado de 29 de diciembre de 2005, así como en la elaboración del contrato de accionistas de igual fecha, una vez cumplidas las condiciones suspensivos a que el mismo estaba sujeto, culminara dicho proceso ya iniciado, interviniendo en la elevación a público de dicho acuerdo, que tuvo lugar por Escritura pública de fecha 21 de marzo de 2006,



haciéndose asimismo cargo en cuanto conocedor de todas las circunstancias concurrentes, del proceso de titulización de la marca Racing que tuvo lugar en el mes de marzo de 2006, cuando dicha separación por tanto ya había tenido lugar.

No se aprecia en dicha actuación vulneración alguna de la normativa administrativa en materia de contratación por parte de la empresa pública CEP, por cuanto la actuación profesional desempeñada por el despacho de abogados Garayar Abogados S.L. en relación con la compraventa de acciones del real Racing club así como en el proceso de estructuración y ejecución de la titulización de los hechos de cobro en relación con la marca Racing se encontraba amparada en un previo contrato de asesoramiento suscrito con todas las formalidades exigidas, con la firma Gómez-Acebo & Pombo, contrato en cuya cláusula 12 se preveía la posibilidad de cesión o subrogación total o parcial de la posición contractual de los contratantes. No cabe por tanto hablar en relación con dichos dos proyectos o trabajos de indicio alguno de vulneración de los principios de publicidad, concurrencia, ni obra en la causa dato alguno que permita sostener ni tan siquiera a título indiciario que el despacho del Sr. Garayar haya facturado cantidades excesivas o indebidas por los servicios efectivamente prestados.

A lo anterior, tan sólo añadir en relación con el denominado *Proyecto hospitales* al que se hacen numerosas referencias en el Auto recurrido, que la sala no comparte en modo alguno la afirmación de la magistrada instructora de que dicho asesoramiento fuera ampliado mediante sucesivos contratos *sin expediente alguno, sin publicidad y concurrencia*, ni tampoco que se percibieran cantidades excesivas, entendiéndose, que



se trata nuevamente de meras afirmaciones que no encuentran sustento en el abundante material instructorio recabado, que por contra apunta hacia la corrección formal de dicho proceso de adjudicación. Así pues, basta analizar los acuerdos del Consejo de administración de CEP para comprobar que en la reunión del Consejo de administración de CEP número 13, acta 4/2006 de 27 de junio de 2006, -reunión a la que por lo demás no asistió el Sr. López Marcano-, se dispuso que CEP Cantabria iba a estructurar y desarrollar varios proyectos, en concreto los relativos a las piscinas municipales de municipios de Cantabria, suelo industrial en Sámano, Marina y Medio Cudeyo, el Proyecto hospitales, y el análisis y estudio de la Cooperativa de Monte, acordándose por motivos de urgencia que Garayar Asociados se encargará del asesoramiento por un máximo de tres meses y por un precio razonable de mercado, estipulándose que en dicho tres meses se deberían de constituir las sociedades encargadas de desarrollar los citados proyectos, siendo las sociedades constituidas las encargadas de realizar el correspondiere concurso para seleccionar el despacho conforme a los principios de publicidad y concurrencia, estipulándose que en relación con el denominado "Proyecto hospitales", CEP licitaría conjuntamente la selección de la asesoría, tanto jurídica, como técnica. De igual modo, consta que en la reunión del Consejo de administración de CEP número 14, acta 5/2006 de 14 de julio de 2006, se anunció el concurso para la prestación de los servicios de asesoramiento en la estructuración y puesta en marcha de una fórmula institucional de colaboración privada "Proyecto hospitales" en la construcción y operación de equipamientos e infraestructuras sanitarias, para asimismo informar de los precios ofertados por Garayar Asociados, S.L. en relación con la contratación urgente



de servicios jurídicos por dichos tres meses, aprobándose por unanimidad la propuesta y el presupuesto presentado por Garayar Asociados, S.L.. De igual modo, en la reunión del Consejo de administración de CEP número 15, acta 6/2006 de 27 de septiembre, en relación nuevamente con el Proyecto hospitales, se acordó también por unanimidad de los asistentes adjudicar a Garayar Asociados, S.L. el asesoramiento en relación con el Proyecto hospitales, por ser la única oferta concurrente, haciéndose constar que había presentado como socios a las empresas, Mace management Services, S.L. y Serco Helth. Igualmente en la reunión del Consejo de administración de CEP número 17, acta 1/2007 de 16 de marzo de 2007, por unanimidad de los asistentes se amplió el contrato de asesoramiento otorgado a Garayar en relación con dicho proyecto hospitales, a la fase de obra.

En suma el examen de la mencionada documental (Tomos V y VIII de los que albergan la documental aportada) evidencia que el denominado "Proyecto Hospitales", se adjudicó a Garayar Asociados, S.L. que por lo demás fue LA ÚNICA OFERTA que se presentó al concurso publicado en el boletín oficial de Cantabria de fecha 1 de agosto de 2006. Asimismo, consta que con posterioridad, y en virtud de requerimiento efectuado por la propia CEP el 10 de enero de 2007 se estimó necesario ampliar el contrato suscrito con Garayar para incluir la asistencia técnica durante la fase de construcción de las obras, lo que motivó que Garayar Asociados, S.L. presentara a CEP una nueva propuesta que incorporaba a una empresa llamada SEMAS iniciativas empresariales S.L. como empresa colaboradora de ese proyecto, tratándose de una sociedad constituida el 24 de mayo de 2006 por Emiliano Garayar Gutiérrez y José Javier Montalvo Correa, dándose además la circunstancia



de que se trataba de una sociedad ya preexistente, y constando asimismo documentado que en marzo del 2007 se comunicó a CEP que la ejecución material de sus servicios los iba a prestar bajo la responsabilidad de Garayar Asociados, S.L., la mercantil, Quetho Ventures, S.L. empresa que fue nombrada administradora única de SEMAS iniciativas empresariales S.L por acuerdo de la Junta general universal celebrada el 11 de mayo de 2007. En suma, la sala no aprecia irregularidad alguna en la adjudicación de la gestión del mencionado "Proyecto hospitales" al despacho de abogados Garayar Asociados, S.L., no desprendiéndose tampoco de las diligencias de investigación practicadas indicio alguno que haga pensar en que en dicho proyecto se presentará una facturación ni excesiva, ni indebida, cuyos conceptos no obedecieran a servicios efectivamente prestados, encontrándonos por lo demás con que la información remitida por la agencia tributaria que obra al Tomo XIV de la documental, relativa a las compraventas declaradas por la mercantil Garayar Abogados, S.L. en el modelo 347 de la Agencia Tributaria, evidencia la existencia de efectivas relaciones comerciales entre todas las mencionadas empresas, acreditativas de la realidad y efectividad de dicha relación negocial.

En esta situación, acordar como se hace en el Auto recurrido que se abra una investigación independiente tendente a determinar si efectivamente D. Emiliano Garayar Gutiérrez, a través del despacho de abogados Garayar Asociados, S.L. del que era socio fundador, facturó de forma excesiva o indebidamente a la administración autonómica o si obtuvo de igual forma ilegítima contratos de asesoramiento, por la generalidad con que ha sido efectuada, y habida cuenta la absoluta falta de indicios acreditativos de tal

actuación fraudulenta, supondría dar cobertura a una suerte de investigación prospectiva, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como por lo demás así se pronunció ya la Sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su Auto de fecha 4 de mayo de 2015 al denegar las diligencias de investigación interesadas por el Sindicato Colectivo de funcionarios públicos Manos Limpias frente al Auto de fecha 9 de marzo de 2015, por cuanto dicha acusación pretendía practicar diligencias de investigación tendentes a verificar si todas las facturas cobradas por Garayar asociados a CEP y Cantur respondían a trabajos y servicios efectivamente realizados, así como determinar si su importe se ajustaba a la naturaleza de los trabajos facturados, diligencias todas ellas que fueron denegadas por la sala por considerar que constituían una prospección general incompatible con los principios constitucionales que rigen la instrucción penal. La estimación de dicho motivo de oposición, obliga a la sala no sólo a declarar la improcedencia de acordar la deducción de dicho testimonio de particulares frente al recurrente, sino por razones obvias respecto a todos los demás investigados en esta causa a que se refiere el Auto recurrido, debiendo asimismo, desaparecido el óbice procesal que limitaba la competencia de la magistrada instructora para pronunciarse al respecto, al serlo por delegación de la sala, acordarse el sobreseimiento provisional de la causa en relación con dicha imputación y respecto a todos los investigados.

.- **En tercer lugar,** debe analizarse la obligación relativa a la procedencia de deducir **testimonio de particulares en relación con la Recompra de Ecoparque Besaya S.L.:**



La magistrada instructora acuerda remitir copia de las actuaciones al Juzgado de instrucción competente para pronunciarse sobre "la recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya en las que han intervenido D. Ángel Agudo San Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado, D. Emiliano Garayar Gutiérrez y, D. Jacobo Montalvo Vijande", conducta a la que el Auto recurrido dedica su fundamento jurídico 5º y que entiende pudiera ser constitutiva de los delitos de Prevaricación, Malversación de caudales y Fraude a ente público, delitos que imputa tanto al recurrente D. Emiliano Garayar Gutiérrez, como a los querellados D. Luis Egusquiza Manchado y D. Ángel Agudo San Emeterio y D. Jacobo Montalvo Vijande, afirmando que a consecuencia de tal conducta se ha ocasionado un perjuicio económico a la empresa pública CEP Cantabria que asciende a la suma de 3.349.636,45 €. Deben pues analizarse los argumentos expuestos en el Auto recurrido relativos a los indicios de criminalidad que se estiman concurrentes frente a D. Emiliano Garayar Gutiérrez.

Así pues, como fundamento de tal decisión, se razona en el Auto recurrido que si bien no ha quedado acreditado a título indiciario, que el "*trato de favor*" otorgado por los querellados a la familia Montalvo, - como afirmaban los querellantes en su escrito de querrela-, se tradujera en la adjudicación a dicha familia a través de la empresa Alcalá 120, S.L. del desarrollo del denominado "Proyecto Ecoparque Besaya", a su entender las diligencias de investigación practicadas, sí evidencian la posible comisión de otras conductas delictivas que pasa a relatar. Así pues se sostiene, en lo que al hoy recurrente se refiere, que Ecoparque Besaya S.L., contrató al Sr. Garayar a través de la mercantil Garayar Asociados S.L., fijando un



precio del 1% del montante global de la oferta seleccionada, habiendo percibido según las cuentas aportadas tras la fusión entre Cep y Ecoparque Besaya la suma de 582.232 €, cantidad que afirma no coincide con los datos obtenidos de las declaraciones a terceros ante la agencia tributaria que arroja una cifra incluso superior de 787.116,29 €. Como se ha dicho dicha contratación no fue efectuada por CEP sino directamente por Ecoparque Besaya en el marco de un proceso concursal revestido de las formalidades legales, no teniendo lugar la mencionada recompra sino hasta el año 2009.

En este contexto, tal y como así lo afirma el propio recurrente, y resulta de la documental aportada al Tomos X y XII de la causa, dicha recompra tuvo lugar por Escritura pública de fecha 30 de septiembre de 2009, sin que conste que en dicha operación participará en modo alguno ni D. Emiliano Garayar, ni su despacho de abogados Garayar Asociados, S.L., estando por el contrario documentado en las actuaciones que dicha operación se efectuó previo el oportuno asesoramiento legal prestado por la mercantil Gómez-Acebo & Pombo a la empresa CEP (nota-informe de dicho bufete de abogados obrante al Tomo XII), tomándose asimismo dicha decisión, por el Consejo de administración de la empresa pública CEP y conforme a las normas que rigen la formación de la voluntad de los entes societarios, (actas de los consejos de administración de CEP que fueron celebrados a dicho fin que obran al Tomo V de la documental) ello una vez conocido el contenido de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 27 de enero de 2009 (Tomo XIII de la documental) que anuló el pliego de cláusulas que habían de regir el concurso para la selección de la persona



física o jurídica que se habría de convertir en socio mayoritario de la sociedad Ecoparque Besaya, S.L., anulando igualmente todos los contratos que hubieran podido celebrarse derivados del mencionado concurso.

Así pues y para un mejor entendimiento, la sala entiende necesario efectuar siquiera sea, un somero análisis de la adjudicación y desarrollo del denominado proyecto Ecoparque Besaya, ello por cuanto en la querrela inicialmente se sostenía que *"el trato de favor"* que los querellantes otorgaron a la familia Montalvo, se concretó *"en la adjudicación del desarrollo del proyecto Ecoparque Besaya"*, adjudicación que se afirma tuvo lugar como premio por la compra de las participaciones del Racing, basándose para efectuar dicha afirmación fundamentalmente, en las supuestas coincidencias de fechas entre una y otra operación, así como en las declaraciones efectuadas por el querellado D. Jacobo Montalvo en la comisión de investigación que tuvo lugar ante el Parlamento de Cantabria, sosteniendo asimismo, que el Sr. Garayar participó en ambos proyectos.

Consta documentado en la causa (Tomo V de la documental) que el Consejo de administración de CEP acordó constituir junto a las empresas públicas "Sican", "Ercsa" y "Sodercan" con una aportación cada una de ellas del 25% una sociedad denominada "Ecoparque Reocín, S.L., con un capital social de 80.000 €, sociedad que se constituyó por Escritura pública de 20 de mayo de 2005, acordándose en la reunión del Consejo de administración de CEP número 12, acta número 3/2006 de 12 de abril de 2006, -esto es una vez que ya había culminado la operación de compraventa de las acciones del Racing que se elevó a escritura pública el día 21 de marzo de 2006-, incorporar a dicha sociedad un socio



privado que adquiriría hasta máximo de un 75% de las participaciones sociales y sería el encargado de ejecutar lo establecido en el PSIR, socio privado que sería elegido a través de un concurso público siendo el órgano de contratación el Consejo de administración de CEP, proponiendo asimismo que se compraran las participaciones a Sican y Sodercan y 104 participaciones a Mare (Ercsa), constando asimismo documentado en autos que por Escritura pública de 8 de mayo de 2006 se cambió el nombre de Ecoparque de Reocín pasando a llamarse "Ecoparque Besaya, S.L.", iniciándose tras lo anterior el proceso de selección del socio privado que culminó con la adjudicación del mencionado concurso a la empresa Alcalá 120, S.L. en fecha 27 de septiembre de 2006. Dicha empresa, tal y como está documentado en la causa estaba participada en un 51% por la mercantil Promotora Cataluña mediterránea (Procam), -sociedad integrada en el grupo Caixa Cataluña-, y en un 49% por la mercantil Silver Eagle, encontrándonos además con que por acuerdo de la Comisión ejecutiva de CEP de fecha 18 de diciembre de 2006, D. Luis Egusquiza propuso como Presidente del Consejo de administración de Alcalá 120 a D. Enrique Azuar Berruezo, director ejecutivo de Procam, persona que no consta que tuviera relación alguna con el investigado D. Jacobo Montalvo. En este sentido, y volviendo a la intervención de D. Emiliano Garayar en este proyecto, nos encontramos con que la mercantil Garayar Asociados S.L., presentó una oferta en el mes de enero del 2006, la cual fue aceptada por el gerente de Ecoparque Besaya S.L. D. Joaquín Antuñano, suscribiéndose entre dicho despacho de abogados y la mercantil Ecoparque Besaya, S.L.- por tanto totalmente al margen de CEP- con fecha 6 de marzo de 2006 un "contrato de servicios profesionales para la selección de socio privado en la sociedad Ecoparque Besaya,



S.L.", contrato por tanto en el que no intervino en modo alguno ni la mercantil CEP, ni ninguno de los querellados, encontrándonos con que dicha relación de prestación de servicios se desarrolló exclusivamente entre las sociedades mercantiles Ecoparque Besaya, S.L. y Garayar Asociados, S.L., sin mediación ni intervención por tanto de ninguno de los querellados, no encontrando ni la magistrada instructora, ni esta sala, conexión alguna entre dicha operación y la venta de las acciones del Racing que tuvo lugar en el mes de diciembre del año 2005, no apreciándose tampoco indicio alguno de la existencia de ninguna suerte de concierto entre el Sr. Garayar y los querellados o alguno de ellos que pudiera revestir visos de infracción penal, encontrándonos como ya se ha dicho con que no existe constancia de que D. Emiliano Garayar, ni a título personal, ni a través de su despacho de abogados participará en modo alguno en el proceso de Recompra de dichas acciones que como también se ha dicho tuvo lugar por escritura pública de 30 de septiembre de 2009 de transmisión de participaciones sociales y cesión de préstamos participativos.

No cabe en consecuencia deducir testimonio frente a D. Emiliano Garayar en relación con el mencionado proceso de recompra, proceso que por lo demás se analizará con más detalle a la hora de examinar los recursos interpuestos por el resto de los querellados, ello al no apreciarse que en el recurrente participará en modo alguno en su desarrollo, habiéndose limitado a participar en calidad de letrado tan sólo en el desarrollo inicial de dicho proyecto.

.- **En cuarto y último lugar,** y en relación con los hechos por los que se acuerda la continuación de la causa por los trámites previstos para el Tribunal de



jurado y que se relatan en el fundamento jurídico 8º del Auto recurrido, se invoca por D. Emiliano Garayar Gutiérrez, la prescripción de dichas conductas, afirmando que en cualquier caso, y al margen de la alegada prescripción que entiende concurrente, procedería acordar el sobreseimiento libre y archivo de la causa, habida cuenta la manifiesta atipicidad de las mencionadas conductas. Debe pues analizarse en primer lugar la prescripción alegada tanto por el recurrente como por el Ministerio Fiscal, ello por cuanto de concurrir eximiría a la sala de proceder a analizar su participación en los hechos allí relatados.

En este sentido, la sala comparte plenamente los razonamientos expuestos tanto por el recurrente como por el Ministerio fiscal, entendiendo que respecto al Sr. Garayar resulta aplicable el Instituto de la prescripción, lo que determina al amparo de lo dispuesto en el artículo 130.6º del Código Penal que deba proclamarse la extinción de su posible responsabilidad criminal por la prescripción del delito o delitos que se le pudieran imputar, debiendo acordarse en suma por tales hechos el sobreseimiento libre y archivo de la causa respecto al mismo.

Así pues, el examen de las actuaciones evidencia que la querrela inicial no se dirigió contra D. Emiliano Garayar Gutiérrez, el cual fue objeto de citación en calidad de imputado por la magistrada instructora en virtud de Providencia dictada el día 11 de noviembre de 2014 (folio 1093) no prestando declaración en tal concepto sino hasta el día 10 de diciembre del referido año 2014. Siendo esto así, debe de recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.2 del código penal, "la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo



transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito (...)”.

Basta leer la Providencia donde se acuerda la citación del recurrente en calidad de imputado para comprobar que la misma al no gozar de suficiente motivación fáctica ni jurídica, carece por ello de fuerza interruptiva de la prescripción la cual por tanto no se interrumpió sino hasta el mismo día 10 de diciembre de 2014 en que tuvo lugar su efectiva declaración en calidad de imputado, si bien tan escaso lapso temporal resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan.

Al hilo de lo anterior, la lectura de la argumentación desplegada en el Auto recurrido unida al examen de las diligencias practicadas evidencia que los hechos que se imputan al Sr. Garayar pudieran ser calificados como constitutivos de un delito de fraude previsto y penado en el artículo 436 del código penal, delito que en su redacción operada conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio castigaba al particular que se concertara con la autoridad o funcionario público a la pena de Prisión de 1 a 3 años, así como a la pena de Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o



entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por un tiempo de entre 2 a 5 años, redacción más favorable que su redacción inicial en vigor en la fecha de ejecución de los hechos, y también que la redacción actual, y que a tenor de lo dispuesto en el artículo 131.1 del Código penal lleva aparejado un plazo de prescripción de 5 años.

Así pues, la sala, tras analizar las actuaciones y compartiendo la argumentación desplegada por el recurrente, llega a la conclusión de que todos los hechos que se imputan a D. Emiliano Garayar, que son los relativos a su participación en la compraventa del Racing por parte de Dumviro Ventures, S.L., fueron cometidos en el período comprendido entre el año 2005 y 2006, habiendo por tanto transcurrido sobradamente el plazo de prescripción de 5 años antes mencionados. Así pues, basta leer el Auto recurrido para comprobar que se imputa a Garayar "haberse concertado" con los querellados para formalizar la compraventa de las acciones del Racing a favor de la empresa Dumviro Ventures, S.L., liberando al Racing de todo su pasivo con anterioridad a dicha compraventa, relatando que a dicho fin el recurrente participó como socio del despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo en el proceso de venta de las acciones del Racing a la mencionada mercantil Dumviro Ventures, S.L., sociedad que fue incluso constituida por el Sr. Garayar junto al Sr. Olmedo el 29 de diciembre de 2005, -reservándose el recurrente tan sólo una sola participación que por lo demás vendió el 10 de marzo de 2006 por precio de 1 euro-. De igual modo, en la resolución recurrida también se le imputa su participación en el denominado proceso de titulización del Racing, proceso en cuya virtud se afirma que se adquirió por CEP un activo



inmaterial consistente en la marca Racing y los derechos federativos de los equipos interiores, mediante un contrato que se califica "artificial" y de constitutivo de una "ficción" al servicio del fraude, y que también estaba destinado a liberar al Racing de su pasivo en beneficio de la compradora Dumviro, afirmando que el recurrente en esta ocasión, y ya a través de su nuevo despacho de abogados "Garayar Asociados, S.L.", se concertó con los querellados para realizar dicha operación en beneficio de Dumviro, encontrándonos, tal y como consta documentado en las actuaciones, con que dichas operaciones también tuvieron lugar en el año 2006 plasmándose en las escrituras públicas de fecha 21 de marzo de 2006. De igual modo, se imputa al recurrente su intervención en el acuerdo en virtud del cual CEP asumía las consecuencias económicas derivadas del laudo arbitral, acuerdo fechado el 4 de agosto de 2006, finalizando por tanto en dicha fecha la intervención que se imputa al hoy recurrente en relación con los hechos aquí investigados, ello por cuanto no consta que dicho recurrente interviniera en el proceso de compraventa que culminó con el acuerdo marco de 28 de enero de 2011 firmado en Zurich entre Dumviro, WGA y Cantur, y con la firma en fecha 29 de enero de 2011 en Santander de los cuatro contratos que se suscribieron en desarrollo y ampliación del mencionado contrato Marco, ni es dable imputarle con un mínimo de solvencia jurídica, que tuviera capacidad alguna para adoptar las decisiones consistentes en no reclamar el pago de los gastos asumidos por Dumviro en la compra de las participaciones del club deportivo, ni tampoco para decidir no reclamar el impago del canon por parte del Racing, tratándose de decisiones que no sólo se encuentran totalmente extramuros de la capacidad de actuación de dicho recurrente, sino que en definitiva no serían sino la consumación de los



acuerdos previos tendentes a otorgar el alegado "trato de favor" que en suma informaría la conducta de todos los imputados, no existiendo constancia alguna de que el recurrente a través de Garayar Asociados S.L. en relación con el Racing, prestara para la empresa pública CEP, servicios de asesoramiento distintos a los relativos al proceso de compraventa de acciones que tuvo lugar en el año 2005 y al proceso de estructuración y ejecución de la titulización de los derechos de cobro de la marca Racing que como se ha dicho tuvo lugar en el año 2006, tal y como así resulta de la relación de proyectos y trabajos en los que consta su intervención remitida por CEP a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

Por todo ello, y teniendo cuenta, que el mencionado delito se consuma por el mero *concierto de voluntades*, el cual necesariamente debe datarse como fecha máxima el día 4 de agosto de 2006, habida cuenta el tiempo transcurrido entre dicho supuesto *concierto* y la fecha en que el procedimiento se dirigió por resolución motivada contra el recurrente, lo que no tuvo lugar sino hasta el 10 de diciembre de 2014, debe declararse la extinción de la responsabilidad penal respecto al hoy recurrente por transcurso del mencionado plazo de prescripción, ello sin necesidad de entrar a analizar si obran o no en la causa indicios de su alegada participación delictiva, o si las conductas imputadas como se afirma de contrario carecen de tipicidad a efectos penales, por haber desarrollado exclusivamente en su condición de letrado una labor de mero asesoramiento a sus clientes no habiendo sido inductor ni partícipe de la toma de las decisiones cuestionadas.



CUARTO.- Recurso interpuesto por D. Luis Egusquiza Manchado.

Dicho recurrente, cuestiona tres de los cuatro pronunciamientos contenidos en el Auto recurrido, en concreto los relativos a la deducción de los dos testimonios ante el Juzgado de instrucción que por turno de reparto corresponda en relación con "la *Recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya*" y con las "adjudicaciones de contratos sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia a Garayar Asociados, S.L."; así como el pronunciamiento relativo a continuar con la investigación de la causa por los trámites correspondientes al juicio por jurado en relación con el resto de los hechos a que se refiere en su fundamento jurídico 8º, interesando en consecuencia que se dicte una resolución acordando el sobreseimiento y archivo de la causa respecto al recurrente, al no ser ninguno de los hechos mencionados constitutivos de delito. Deben pues analizarse de forma separada cada uno de los pronunciamientos recurridos.

. - **"Deducción de testimonio en relación con la denominada Recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya".**

Si bien, la sala ya ha examinado dicha decisión al resolver el recurso interpuesto por D. Emiliano Garayar, debe analizarse nuevamente tal proceso, a la vista de la distinta participación que en tal proceso se imputa al hoy recurrente D. Luis Egusquiza Manchado, al que se imputa en relación con dicho proceso la posible comisión de los delitos de Prevaricación, Malversación de caudales públicos y Fraude a ente público, estimándose el perjuicio sufrido por la empresa pública CEP en la suma de 3.349.636,45 €,



delitos que asimismo imputa a D. Jacobo Montalvo, D. Ángel Agudo, así como a D. Emiliano Garayar. Así pues, deben de analizarse los argumentos expuestos por la magistrada instructora en el Auto de referencia.

En este sentido, no puede pasarse por alto que en el Auto recurrido se viene a rechazar la inicial imputación efectuada por la parte querellante en su escrito de querrela, imputación consistente en afirmar que los querrellados, en concreto el recurrente, así como el Sr. López Marcano y el Sr. Agudo San Emeterio, habían dispensado "un trato de favor" a la mercantil Dumviro Ventures, S.L., así como al resto de las empresas de la familia Montalvo, *trato de favor* que a juicio de la querellante se concretaba en la adjudicación a la mercantil Alcalá 120, S.L. del desarrollo del proyecto desarrollado por Ecoparque Besaya, S.L. como premio o pago por su decisión de adquirir a través de la mercantil Dumviro el 53,43% del capital social del club deportivo Racing. Así pues, y no obstante afirmarse en el Auto recurrido que de las diligencias de investigación practicadas no resultan indicios que permitan conectar la compra del Racing con la mencionada adjudicación del proyecto Ecoparque Besaya a la empresa Alcalá 120,S.L., -afirmación que por lo demás es plenamente compartida por esta sala-;; en el Auto recurrido se afirma que de las diligencias de investigación practicadas se desprenden indicios de la comisión de los mencionados delitos de prevaricación, malversación y fraude a ente público, delitos de los que afirma pudieran ser responsables tanto el hoy recurrente, - Sr. Egusquiza- como el Sr. Garayar, el Sr. Agudo, y D. Jacobo Montalvo. En suma, la magistrada instructora en la resolución recurrida, afirma que si bien el proceso de adjudicación o selección de la mercantil Alcalá 120, S.L. como socio



privado para el mencionado proyecto Ecoparque, pese a que vino a quedar sin efecto por mor de lo acordado por la sentencia dictada en fecha 27 de enero de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJC, no presenta apariencia delictiva, por contra, el ulterior proceso que denomina de Recompra de las participaciones que la mercantil Alcalá 120, S.L. tenía en "Ecoparque Besaya, S.L.", y que se materializó en la Escritura pública otorgada en fecha 30 de septiembre de 2009, si que pudiera ser constitutivo de los delitos que menciona.

Así pues, la magistrada instructora para justificar tal imputación, afirma que los indicios de criminalidad mencionados resultan de los siguientes hechos: Por un lado, del hecho de que pese a que Alcalá 120 había solicitado a CEP a través del Consejero de economía y Hacienda D. Ángel Agudo San Emeterio la resolución de dicho contrato, y ya se había dictado la mencionada sentencia de fecha 27 de enero de 2009; CEP y Ecoparque Besaya en lugar de resolver el contrato administrativo, optaron por recomprar las participaciones de Alcalá 120, S.L.. Y por otro lado, del hecho de que en dicha recompra no se procedió únicamente a reembolsar a dicha mercantil el precio satisfecho por la compraventa de su participación en Ecoparque por importe de 179.000 €, sino que también se adquirieron por parte de CEP los préstamos participativos y los préstamos personales existentes, afirmando que tal desembolso se efectuó "sin justificación alguna" y "sin adquirir activo alguno", realizándose con posterioridad una operación de fusión por absorción que puso de manifiesto que mientras el activo fusionado en 2011 era "cero", dicha operación supuso que se contabilizara en la empresa CEP, con motivo de dicha fusión, un patrimonio negativo neto de

831.221 €. Dicha argumentación, como se expondrá más adelante, a juicio de esta sala no encuentra adecuado sustento en las diligencias de investigación practicadas.

Expuesto lo anterior, y con la mira de dotar de mayor claridad a esta exposición, debe analizarse cual fue el proceso de adjudicación y recompra en relación con el proyecto del Ecoparque Besaya, así como la naturaleza del mismo. Como ya se ha expuesto al resolver el anterior recurso, consta documentado en la causa que en virtud de los distintos acuerdos adoptados por el Consejo de administración de CEP, entre los que cabe citar el de 12 de abril de 2006 se acordó convocar un concurso que posibilitara la entrada en Ecoparque Besaya S.L. de un socio privado encargado de llevar adelante el proyecto, socio privado que iba a adquirir el 74,9% del capital social que CEP tenían dicha sociedad, estipulándose que el órgano de contratación sería el Consejo de administración de CEP Cantabria encargado de valorar las ofertas y de adjudicar el contrato, Consejo en el que no consta que participaran ninguno de los querellados. Dicho concurso para *"la selección de la persona física o jurídica que se convierta en socio mayoritario de la sociedad Ecoparque Besaya S.L."*, se convocó en el BOC de 26 de mayo de 2006, encontrándonos con que en esa fecha Ecoparque Besaya S.L. era una empresa pública regional participada al 88% por CEP Cantabria, siendo el 12% restante propiedad de los Ayuntamientos de Torrelavega, Cartes y Reocín, si bien cuando dicho concurso se adjudicó a la empresa Alcalá 120 S.L., CEP tenía ya un 96% y los demás Ayuntamientos un 4%. La finalidad de la sociedad Ecoparque Besaya S.L. era de interés general, consistiendo en la recuperación medioambiental de la zona Saja-Besaya.



Está igualmente documentado en la causa (Documento nº 59 de los aportados con la querella) que la constructora Castrillón S.A. interpuso demanda contra el Gobierno de Cantabria, contra Alcalá 120, Promociones y gestión inmobiliaria S.L. y contra CEP, impugnando el pliego de cláusulas de dicho concurso, dictándose finalmente en fecha 27 de enero de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJC, sentencia en la que tras afirmar que se habían vulnerado las prescripciones en materia de contratación contenidas en los artículos 73 y siguientes del TRLCAP, -por cuanto si bien se decía que se trataba de un concurso abierto su cláusula 11 lo convertía en un procedimiento negociado al que no puede acudir el Gobierno de Cantabria para enajenar bienes patrimoniales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 159.4 de la ley de Cantabria 3/2006, de 18 de abril-; se acordaba anular el mencionado pliego así como todos los contratos que han podido celebrarse derivados de dicho concurso. Dicha sentencia asimismo acordó deducir testimonio al Ministerio Fiscal por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, incoándose por la fiscalía las correspondientes diligencias de investigación las cuales fueron archivadas por Decreto de fecha 15 de julio de 2009 al entender que no existían indicios de la comisión de delito alguno.

Asimismo, consta documentado en las actuaciones que por Acuerdo de la Junta General Universal de CEP de la que era socio único el Consejo de Gobierno de Cantabria de fecha 30 de octubre de 2008 elevado a público el 7 de noviembre de 2008, se acordó cesar a D. Luis Egusquiza que hasta entonces era miembro del Consejo de administración y Consejero delegado de la empresa pública CEP, -cese que también se adoptó por



acuerdo del Consejo de administración de CEP de 28 de octubre de 2008-, estando asimismo documentado en la causa que por Acuerdo de la Junta General Universal de dicha Sociedad de 23 de octubre de 2008 elevado a público por escritura de fecha 7 de noviembre de 2008 se cesó a D. Francisco Javier Marcano de su cargo de consejero, encontrándonos asimismo con que por Acuerdo de la Junta General Universal del 6 de noviembre de 2008 elevado a público por escritura pública de 21 de noviembre de 2008 también se cesó a D. Ángel Agudo San Emeterio, el cual hasta ese momento era el Presidente de su Consejo de administración, efectuándose por acuerdo de 14 de noviembre de 2008 nuevos nombramientos. En consecuencia, a partir de las fechas de los respectivos ceses, ninguno de los querellados tomó parte en la adopción de ninguno de los acuerdos y decisiones adoptados en el Consejo de administración de la mercantil pública CEP, lo que incluye, como se verá, el llamado en el Auto recurrido proceso de "recompra".

En este contexto, consta documentado en la causa que por acuerdo del Consejo de administración de CEP de fecha 19 de mayo de 2009 en su reunión número 28, acuerdo 4/2009, en el que por lo demás ya no estuvieron presentes ni el recurrente D. Luis Egusquiza ni los querellados D. Francisco Javier López Marcano y D. Ángel Agudo San Emeterio ya cesados, se decidió no recurrir la mencionada sentencia, para así reiniciar de forma inmediata todo el proceso para posibilitar la recuperación de esa zona y "permitir el desarrollo de ese macroproyecto económico y social" con la mira de "acelerar un proceso y seguir las directrices de la sentencia dictada por la mencionada Sala del TSJC", constanding asimismo que en las sucesivas reuniones del Consejo de administración de CEP que tuvieron lugar los días 30 de junio de 2009, 28 de septiembre de 2009

nuevamente se acordó tras la entrega de los correspondientes informes, y por unanimidad, "comprar" las participaciones de Alcalá 120 en Ecoparque y "resolver" el acuerdo de colaboración entre dichas empresas, petición que finalmente se plasmó en la mencionada Escritura pública de fecha 30 de septiembre de 2009, de cuya atenta lectura no puede sino concluirse que lo que llevó a cabo fue precisamente la resolución de los contratos y relaciones jurídicas derivadas del concurso de adjudicación cuyo pliego de condiciones había anulado el TSJC, entendiendo la sala, que lo acordado en dicha Escritura pública en modo alguno vulneraba o desconocía el contenido de la mencionada sentencia siendo por el contrario una mera consecuencia de lo acordado en la misma. Dicha conclusión, viene por lo demás fuertemente reforzada desde el momento en que al Tomo XII de la documental, consta aportada una nota remitida por el bufete de Gómez-Acebo & Pombo informando del mecanismo de cumplimiento de la mencionada sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de 27 de enero de 2009 que anuló el pliego de adjudicación. En esa nota, dichos abogados analizan cómo dar cumplimiento a dicha sentencia, poniendo de manifiesto que si bien dicha sentencia determina la anulación del pliego y de los contratos que se hayan podido celebrar al amparo del mismo, no explica el mecanismo que ha de utilizarse para acometer dicha anulación y por tanto para ejecutar la mencionada sentencia. Así pues, se explica en dicho informe que la entrada de Alcalá 120, S.L. en Ecoparque se articuló mediante la formalización de varios contratos de préstamo participativos por importe de 422.000 €, y por ello se concluye que se entiende perfectamente viable desde una perspectiva jurídica y acorde con la sentencia, el acuerdo de transmisión de las participaciones sociales de Alcalá 120, S.L. a

favor de Ecoparque Besaya por un precio global de 422.000 €, autorizado por la mercantil Sedi con la que Ecoparque había suscrito un contrato de servicios. Dicho informe en definitiva lo que viene es a dar cobertura jurídica al acuerdo que se plasmó en la escritura pública ya mencionada de 30 de septiembre de 2009, encontrándonos con que la propia existencia de dicho asesoramiento previo, no viene sino evidenciar la ausencia de voluntad de menoscabar el patrimonio de la sociedad pública en beneficio de intereses privados, encontrándonos ante un negocio jurídico sometido al derecho privado, aprobado por el Consejo de administración de la sociedad, previo el correspondiente asesoramiento jurídico, cuya finalidad era dar cumplimiento a lo acordado en la mencionada sentencia. La sala por tanto entiende que lo que se llevó a cabo fue un verdadero proceso de resolución que en definitiva vino a poner fin a las relaciones jurídicas que hasta ese momento existían entre las partes, avalando tal afirmación el hecho de que en el propio encabezamiento de la **Escritura pública de 30 de septiembre de 2009**, se hiciera constar que se trataba de un acuerdo de **"trasmisión de participaciones sociales, cesión de préstamos participativos y extinción de relaciones jurídicas"**, declarando expresamente en su articulado que su finalidad era **"resolver** el acuerdo de colaboración y todos los acuerdos y relaciones jurídicas que el mismo llevó aparejados". La sala no alberga duda alguna respecto a que dicha Escritura pública supuso la resolución y extinción de las relaciones jurídicas derivadas de la inicial la adjudicación, cuyo pliego había sido anulado por la sentencia de 27 de enero de 2009 dictada por sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, no apreciándose



desviación alguna entre el modo de ejecución elegido y el contenido de la mencionada sentencia.

En relación con el segundo de los argumentos que contempla el Auto recurrido, a saber el excesivo coste de dicha operación que se afirma incluyó la asunción por parte de CEP de importantes préstamos, "sin justificación alguna y sin asumir activo alguno" y que se afirma género en CEP tras la fusión que tuvo lugar en el mes de noviembre del 2011 una reserva negativa superior a los 800.000 €, deben de hacerse las siguientes consideraciones. Consta documentado en la causa que el precio global de la transmisión de las acciones de Ecoparque Besaya, S.L. a Alcalá 120, S.L. que tuvo lugar por EP de 13 de diciembre de 2006 ascendió a la suma de 179.700 euros equivalente a 100 € por participación social, constando como se ha dicho que para esa venta D. Luis Egusquiza actuó autorizado por el Consejo de administración de la sociedad -reunión número 16, acta número 7/2006 de 28 de noviembre de 2006-. De igual modo, en la mencionada Escritura Pública de 30 de septiembre de 2009 de trasmisión de participaciones sociales y cesión de préstamos participativos y extinción de relaciones jurídicas entre Alcalá 120, CEP, Ayuntamiento de Reocín, Ecoparque Besaya, inmobiliaria SEDI gestión inmobiliaria, S.L. se afirma que Alcalá 120 en cumplimiento del plan económico financiera a que se obligó, ha suscrito varios **préstamos participativos y ha realizado aportaciones en concepto de préstamos personales cuyo principal e intereses ascienden en ese momento a 3.349.636,45 €**, afirmando que las partes convienen en que la mejor opción a la vista de la sentencia del TSJC que anuló el pliego de adjudicación y los contratos que se pudieran haber realizado con posterioridad a la adjudicación, es **resolver el acuerdo**

de colaboración y todos los acuerdos y relaciones jurídicas aparejados. Así, se ceden los préstamos participativos y se extinguen las relaciones jurídicas de Alcalá 120 con Ecoparque y con los demás socios. En dicha Escritura por tanto se detalla tanto el importe de los préstamos participativos , como el de los préstamos personales, y también se aportan los correspondientes contratos de préstamo, de suerte que en definitiva CEP compra a Alcalá 120, S.L. las 1797 participaciones sociales de que era titular en Ecoparque, y Alcalá 120 cede a favor de CEP los préstamos participativos que ostentaba frente a Ecoparque subrogándose CEP en la posición de Alcalá 120 en relación con dichos préstamos participativos, mientras que Ecoparque a su vez se obligaba a hacerse cargo de los préstamos personales efectuados por Alcalá 120, ello conforme al siguiente desglose:

4 Préstamos participativos: (422.000 euros de principal)

- 1) 6000 € de principal y 1449,36 € de intereses devengados.
- 2) 150.000 € de principal y 25.150,01 euros de intereses devengados.
- 3) 180.000 € de principal y 11.471,54 euros de intereses devengados.
- 4) 86.000 € de principal y 6494,38 euros de intereses devengados.

3 Préstamos personales: (total 2.754.143,28 euros de principal)

1) 2.351.643,28 € de principal y 117.266,52 euros de intereses devengados.

2) 330.000 € de principal y 10.008,96 € de intereses devengados.

3) 72.500 € de principal y 1652,40 € de intereses devengados

En suma, el precio de la compraventa de las participaciones y de la cesión de los préstamos participativos se fija en la suma de 422.000 € (que es el importe del principal de los préstamos participativos vigentes) que se paga mediante cheque bancario nominativo que se entrega en ese acto, y la compañía Ecoparque Besaya, y no CEP, en cuanto deudora se obliga a hacer frente a los préstamos personales a su vencimiento, esto es el 30 de septiembre de 2009. La sala por tanto no aprecia irregularidad alguna en la suscripción de dicho contrato ni obran en la causa datos que hagan pensar que dicha operación supuso un perjuicio injustificado para la empresa pública CEP que se limitó a dar cumplimiento a lo acordado en la mencionada sentencia, retornando a la situación preexistente con anterioridad a la adjudicación a Alcalá 120 S.L.

No obsta a lo anterior el hecho de que con posterioridad, en concreto por escritura pública de 28 de diciembre de 2011 en la que tampoco consta participación alguna de ninguno de los querellados, se procediera a la fusión por absorción de Ecoparque Besaya S.L. en CEP, ello por cuanto si bien es cierto que de la documentación contable obrante en la causa se desprende que con motivo de dicha absorción se computó una diferencia entre el activo y pasivo asumido por la



sociedad absorbente CEP por importe de 831.220, 91 €, que supuso una reserva negativa para dicha sociedad pública por dicho importe, no puede desconocerse que dicha situación contable se constató más de dos años después de haberse acordado la mencionada resolución contractual, encontrándonos además con que de la documentación contable remitida por CEP también se desprende que junto a dicha reserva negativa, la sociedad absorbente CEP se subrogó en cuantiosos créditos tributarios, créditos que ascendieron respectivamente a la suma de 900.388,98 € y 325.711,06 € (folio 453 del Tomo XVIII de la documental), tratándose de cantidades muy superiores a las computadas como reserva negativa por mor de dicha fusión.

Por todo ello, señalar que al margen de que no existen indicios de la participación directa de los querellados en dicho proceso de resolución contractual, ni en la ulterior fusión por absorción, habida cuenta que los mismos ya no formaban parte de la empresa pública CEP, habiendo comparecido al otorgamiento de la escritura pública del año 2009 D. Jacobo Montalvo, no como representante de Ecoparque, sino de la mercantil SEDI con la que existía un acuerdo de colaboración; la sala entiende que de las diligencias practicadas no resultan indicios que hagan pensar que con dicha operación se pretendió favorecer a las empresas de la familia Montalvo en detrimento de las arcas públicas, máxime cuando consta documentado en la causa que cuando se firmó la mencionada escritura el día 30 de septiembre de 2009, la empresa Alcalá 120, S.L. estaba íntegramente participada por las mercantiles Promotora Cataluña Mediterránea S.A. que era titular del 94,8% de las acciones, así como por la mercantil Invencartera, S.A. que era titular del otro 5,2% restante, ello tras



el acuerdo adoptado por la junta universal de socios de dicha mercantil el 18 de diciembre de 2008 consistente en reducir capital para restituir las aportaciones efectuadas por "Silver Eagle de inversiones y financiaciones S.A." mediante el procedimiento de amortización del 49% de la participación que dicha empresa hasta ese momento ostentaba en la mercantil Alcalá 120, S.L.. A lo anterior, debe añadirse, que la empresa Silver Eagle tal y como consta documentado en la causa (documento 58 de los aportados con el escrito de querrela) fue constituida el 21 de febrero de 1992 siendo su administrador único D. Javier de Montalvo Correa, persona por lo demás que no es objeto de investigación en esta causa.

En consecuencia la sala entiende que de las abundantes diligencias de investigación practicadas no resultan indicios que permitan criminalizar el denominado en el Auto recurrido proceso de recompra de dichas participaciones, no siendo por tanto procedente la deducción del testimonio de particulares acordado, ni respectos a D. Luis Egusquiza manchado, ni respecto a ninguno de los querrellados, debiendo también en relación con esta cuestión acordarse el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto a todos los investigados.

.- "Deducción de testimonio en relación con la adjudicación de contratos de asesoramiento a Garayar Asociados, S.L. sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia".

En relación con dicha cuestión, y a fin de no incurrir en innecesarias reiteraciones, la sala no puede sino reiterar todos los argumentos ya expuestos al analizar el recurso interpuesto por D. Emiliano

Garayar, reiterando por tanto que de las diligencias de investigación practicadas, no se desprenden indicios que permitan afirmar que ni el Sr. Egusquiza ni el resto de los querellados adjudicaran a Garayar Asociados, S.L. contratos de asesoramiento al margen de la normativa administrativa aplicable en materia de contratos, ni que actuaran con el ánimo espurio de favorecerle en base a un supuesto y en modo alguno acreditado concierto de voluntades tendente a favorecer a todo un grupo de empresas, debiendo por ello dejarse sin efecto tal deducción de testimonio y acordar en consecuencia el sobreseimiento de la causa como se ha dicho, también respecto a todos los investigados.

- . **Hechos a que se refiere el fundamento jurídico 8ª de la resolución recurrida.**

El recurrente interesa el sobreseimiento de la causa en relación con los diversos hechos que se desgranar en dicho fundamento jurídico y que la magistrada instructora entiende pudieran ser constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos que indiciariamente atribuye a D. Francisco Javier López Marcano, D. Ángel Agudo San Emeterio, D. Luis Egusquiza Manchado y D. Jacobo Montalvo Vijande, así como de otro delito continuado de fraude a ente público del que afirma pudieran ser responsables además de los anteriores, el también investigado D. Emiliano Garayar Gutiérrez. Así pues, el recurrente sostiene que todas las actuaciones que allí se imputan traen causa y se encuentran amparadas en la decisión política recogida en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de 22 de diciembre de 2004, afirmando que tales decisiones a su vez se encuentran supeditadas a las decisiones adoptadas por la Consejería de Economía, por el Consejo de



administración de CEP Cantabria o por el ICAF, afirmando que el recurrente siempre ha actuado con conocimiento y autorización de los organismos antedichos. En este sentido, y toda vez que los también recurrentes D. Francisco Javier López Marcano y D. Ángel Agudo San Emeterio en sus respectivos recursos también cuestionan la procedencia de continuar con la investigación de los hechos mencionados en dicho fundamento jurídico, por entender que no existen indicios de criminalidad contra los mismos y en base a motivos de oposición sustancialmente idénticos, esta sala con la mira de no incurrir en tediosas reiteraciones va a abordar la resolución de este motivo desde una perspectiva generalista, por cuanto los argumentos que aquí se expongan resultan plenamente aplicables a la conducta del resto de los querellados entre los que se dirige la imputación.

Expuesto lo anterior, y con carácter previo, debe recordarse cual es la naturaleza jurídica de las empresas o entes públicos que han intervenido de uno u otro modo en los hechos a que se refiere el Auto recurrido. En este sentido, el Instituto de Finanzas de Cantabria (ICAF) que fue creado mediante Ley de Cantabria 2/2008, de 11 de julio, asignándole la condición de agente financiero del sector público empresarial y fundacional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, es una Entidad de Derecho Público adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Cantabria, con personalidad jurídica propia y plena autonomía en su gestión. Por contra tanto la Sociedad Regional Cántabra de Promoción Turística, S.A. (CANTUR) como la Sociedad Regional de coordinación financiera con las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, S.L. (CEP Cantabria), son empresas públicas de naturaleza mercantil, siendo el



Gobierno de Cantabria en ambas titular del 100% de su capital social. Siendo esto así, debe de recordarse que las sociedades mercantiles públicas como CEP y CANTUR, no son Administraciones públicas, por lo que se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el Derecho Privado, tanto en su organización como en su actividad. No obstante lo anterior, dicha sociedades se encuentran sometidas también a las reglas del Derecho de la competencia, ya que la condición de públicas no puede suponerles ventajas ilícitas ni suponer discriminación para otras empresas. Sin embargo, la titularidad pública hace que se le apliquen ciertas normas de Derecho Público, encontrándonos con que la constitución, disolución, fusión, transformación, escisión, la adquisición o enajenación de participaciones en las mismas y la determinación de su objeto social son objeto de decisiones por parte de la Administración de la que dependen, y como tales, actos separables, debiendo seguir el procedimiento legalmente establecido, especialmente riguroso en los casos de enajenación de empresas o participaciones públicas. Todos estos actos son controlables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Asimismo, por lo que se refiere a la organización interna de dichas mercantiles, corresponde a la Administración matriz el nombramiento de los administradores, que en el caso de consejeros, pueden ser cargos o funcionarios públicos de la propia Administración, pudiendo el personal a su servicio ser laboral o de alta dirección. Asimismo, la Administración puede adoptar medidas de coordinación o reestructuración de su sector empresarial, y así puede asignar la gestión de participaciones empresariales y funciones de dirección estratégica de un grupo de empresas a organismos públicos, entidades públicas empresariales o sociedades holding. Asimismo, y en cuanto a la dirección, está condicionada por la

dirección estratégica que fije el Gobierno en el marco de la política económica, por lo que pueden fijarse para cada empresa líneas de actuación y prioridades, e impartir instrucciones concretas a las entidades de capital íntegramente público, así como a los consejeros y administradores que hayan nombrado en las sociedades de capital mixto. Asimismo, dichas sociedades están sometidas a un control funcional y de eficacia, así como al control económico financiero de acuerdo con la legislación presupuestaria, aunque de una manera más flexible que el resto del Sector público. Es por tanto en este contexto en el que deben de analizarse las operaciones llevadas a cabo por las empresas CANTUR y CEP CANTABRIA que aquí se cuestionan, las cuales por ello deben de examinarse teniendo en cuenta su vinculación con el contenido del Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de fecha 22 de diciembre de 2004 a que hacen referencia todos los recurrentes, acuerdo que tal y como consta debidamente documentado en la causa , cuanto menos fue trasladado al correspondiente Consejo de administración de CEP.

Así pues, en dicho **Acuerdo de fecha 22 de diciembre de 2004** obrante al Tomo VIII de la documental, que por su importancia merece ser transcrito casi en su integridad, el Consejo de Gobierno de Cantabria, que no puede olvidarse era el socio único de ambas empresas públicas, afirmaba que *“El Real Racing Club de Santander, SAD, constituye una de las valiosas piezas que conforman el patrimonio de Cantabria”*, así como que *“desde su fundación en 1903, el club ha sido una seña de identidad permanente y también de orgullo para varias generaciones de cántabros que se han sentido unidos y representados por este equipo de fútbol, en el que ha encontrado un referente dentro y fuera de nuestras fronteras regionales”*. Asimismo, se afirmaba que *“el Racing es al mismo tiempo un importante estímulo para la actividad deportiva de la*

comunidad autónoma” siendo “desde el punto de vista económico una empresa de primer orden que contribuye de forma decisiva a la generación de riqueza y a la creación de puestos de trabajo” representando en suma “un valor histórico y social que forma parte del patrimonio de Cantabria y que contribuye a su desarrollo económico y que a su vez promociona la imagen de la comunidad autónoma y de la ciudad de Santander en todo el mundo”. Tras esta declaración, en dicho acuerdo se hace constar de forma expresa que “convocada formalmente Junta General de accionistas de la entidad Real Racing Club de Santander S.A. para el próximo día 20 de diciembre y con el fin de habilitar una solución financiera transitoria con carácter de urgencia que subsane la causa legal de disolución en que se halla incurso la citada sociedad en atención al interés social para Cantabria de mantener activa dicha entidad, a propuesta conjunta de los Consejeros de economía y hacienda y de Cultura turismo y deporte, se acuerda lo siguiente :

PRIMERO.- MANDATAR al Consejero delegado de CEP Cantabria, D. Luis Egusquiza Manchado, ...para que en nombre de dicha sociedad pública, formalice con una entidad de crédito un préstamo por importe de 6.750.000 € a avalar por la Sociedad para el desarrollo regional de Cantabria, S.A. SODERCAN, en condiciones de mercado y posteriormente concierte con la entidad Real Racing club de Santander SAD una operación financiera susceptible de computar como patrimonio contable a los efectos de su reequilibrio patrimonial por el mismo importe, e igualmente en condiciones de mercado, mediante la firma de un contrato de financiación. En ambos casos se deberá prever que CEP CANTABRIA ceda su posición contractual en los préstamos a favor de la sociedad pública Cantur sin necesidad de consentimiento por parte del prestatario Real Racing Club.

SEGUNDO.- ENCOMENDAR a la sociedad pública Cantur para que adquiera las 1.568.724 acciones ordinarias nominativas propiedad de “Hormigones cántabros S.A.” y “Promodico, S.L.” constitutivas del 53,23% del capital social de la entidad real Racing club de Santander, SAD, por un precio máximo de 16 € para su recolocación posterior en el mercado por sí o a través de terceros.”



TERCERO.- MANDATAR a CEP CANTABRIA para que tutele, planifique y controle el proceso de saneamiento y reordenación accionarial de la cantidad real Racing club de Santander, atribuyéndole con base en el Decreto 55/2004 de 27 de mayo el diseño y la realización de los correspondientes mecanismos de control así como la cesión de las participaciones en el préstamo participativo al que se hace referencia en el punto primero del presente acuerdo.”

De la atenta lectura del mencionado acuerdo se desprende que el club deportivo Racing se encontraba en causa de disolución legal habida cuenta su delicada situación financiera, así como que era urgente habilitar una solución financiera que solventara tal causa de disolución y evitar así la indeseada liquidación y desaparición del club por cuanto el mismo a su juicio representaba un importante valor económico, histórico y de orgullo y cohesión social. De igual modo, en dicho acuerdo se plasma la decidida e inequívoca voluntad política del Gobierno de Cantabria de utilizar los recursos públicos para atajar la situación de insolvencia en que se encontraba el club, subsanando en definitiva la causa de disolución en que se encontraba incurso, acordando en ese sentido procurarle a través de las empresas públicas que menciona la suma de 6.750.000 € a través de una fórmula con aptitud para computar como patrimonio contable - mandato que se plasmó en la concesión de un préstamo participativo por dicho importe-; adquiriendo una cantidad superior al 50% de su capital social para su ulterior venta en el mercado -tal es el caso de la compra de acciones que efectuó Cantur y de su ulterior venta por mediación de la fundación Stichting Interfoot a Dumviro Ventures, S.L., y en definitiva, llevando a cabo un proceso integral de saneamiento y de reordenación accionarial cuyo diseño, tutela, planificación y control se encomendó a la mercantil CEP, la cual en ejecución de tal mandato adquirió el

mencionado préstamo participativo que posteriormente cedió a Cantur como también se preveía en dicho acuerdo, diseñó y llevó a cabo el denominado proceso de compra-venta, arrendamiento y titulización de la marca Racing y otros derechos del mencionado club permitiendo de este modo que el mismo obtuviera la necesaria liquidez que le permitiera cancelar las importantes deudas que le acuciaban y en definitiva tuteló y supervisó todo el mencionado proceso. Expuesto lo anterior, deben de analizarse cada una de las operaciones realizadas que el Auto recurrido entiende que en definitiva generaron a las arcas públicas unos muy importantes perjuicios económicos que en el escrito de querrela se cuantificaba respecto a Cantur en la suma de 5.966.867 euros según informe de evaluación de daños elaborado por la dirección financiera de Cantur que se aportaba como documento número 3 con la querrela. Conductas que en dicho Auto se afirma que presentan indicios de la comisión los delitos continuados de Malversación de caudales públicos y Fraude a ente público. En este sentido, y con la mira de lograr una mayor claridad, la sala va a intentar seguir un orden cronológico en la exposición.

- **Adquisición del préstamo participativo por parte de CEP en fecha 23 de diciembre de 2004 y cesión del mismo a Cantur en virtud de contrato suscrito el 20 de enero de 2005.**

En relación con estas dos operaciones que se efectuaron con total inmediatez al mencionado acuerdo del Consejo de Gobierno, y que a juicio de la sala, lo fueron en claro y fiel cumplimiento del mandato que el mismo contenía, el Auto recurrido no parece efectuar reparo de legalidad alguno, estando por lo demás plenamente documentado en la causa lo siguiente:

- Que en fecha **23 de diciembre de 2004** (esto es tan sólo un día después del mencionado Acuerdo del Consejo de Gobierno) la mercantil **CEP suscribió un contrato de financiación y concesión de un préstamo a favor del Racing por importe de los 6.750.000 € a que se refería el mencionado Acuerdo del Consejo de Gobierno.** Dicho importe, consta que **se le ingresó al Racing en una cuenta corriente el 14 de enero de 2005.** Asimismo, consta documentado en la causa (Tomo V de la documental) que incluso con anterioridad a dicha fecha, en una reunión del Consejo de administración de CEP (acta 3/2004) que tuvo lugar el día 17 de diciembre de 2004 y a la que acudieron tanto el Sr. Egusquiza como los Srs. López Marcano y Agudo, se autorizó a D. Luis Egusquiza por unanimidad para formalizar uno o más préstamos hasta alcanzar la cantidad de 7 millones de euros para después formalizar un préstamo a favor del Racing, acordándose que la disposición de dicha suma quedaría en suspenso hasta que lo autorizara el Consejo de Gobierno en su condición de accionista único, lo que como se ha dicho efectuó por medio del mencionado Acuerdo.

- Asimismo, consta documentado en la causa (documento 6 de los aportados con la querrela) que en fecha **20 de enero de 2005** CEP cedió a Cantur el mencionado contrato de financiación y préstamo en virtud de lo que se denominó "**Contrato de cesión de un contrato de préstamo participativo**" el cual fue suscrito entre CEP (representada por D. Luis Egusquiza Manchado) y CANTUR (representada por D. Francisco Javier López Marcano) por un precio de 6.750.000 € (principal del préstamo) + 01% de interés anual hasta su pago, más los costes y gastos generados a CEP por la suscripción del contrato de financiación y del documento de cesión. Asimismo, la lectura de dicho



contrato evidencia que en el mismo se estableció como plazo máximo para que CANTUR abonara el precio a CEP el plazo de 1 año (plazo que vencía el 20 de enero de 2006), pactándose que el pago se haría mediante transferencia bancaria a la cuenta que le fuera indicada. Este contrato tal y como consta en las actuaciones tiene 3 adendas o modificaciones suscritas los días 10 de enero de 2006, 25 de marzo de 2006 y 2 de febrero de 2010 (todas las adendas están suscritas por Marcano y por Egusquiza, menos la última de ellas en la que ya no interviene D. Luis Egusquiza por cuanto el mismo como ya se ha expuesto fue cesado de su cargo de Consejero de CEP por acuerdo de la Junta General Universal de CEP de 30 de octubre de 2008).

En relación con la finalidad de dichas adendas, la sala no alberga duda alguna de que las mismas tuvieron la clara finalidad de ajustar los plazos del pago del precio de dicha cesión al contenido del contrato de compraventa privado suscrito el 29 de diciembre de 2005 entre Stichting Interfoot y Dumviro Ventures, S.L. en el que habían participado tanto CANTUR como CEP y al que nos referiremos más adelante. Esto es, permitir que diera tiempo a que Dumviro -que en virtud de dicho contrato se había subrogado en la posición acreedora respecto al Racing que ostentaba Cantur en relación con el mencionado préstamo participativo- pagara a Cantur el precio de dicha cesión y así ésta pudiera cumplir con su correlativo pago a CEP. Por ello, la primera adenda de 10 de enero de 2006 amplía el plazo de pago a 2 años -hasta el 20 de enero de 2007- (documento nº 7 querella). Y la segunda adenda de 25 de marzo de 2006 (documento número 8 de la querella) ya hace constar de forma expresa que el 21 de marzo de 2006 Cantur y Dumviro habían firmado una escritura de cesión de crédito y prenda en virtud

de la cual Cantur cedía definitiva e irrevocablemente a Dumviro la posición contractual que ostentaba en el contrato de financiación respecto al Racing a cambio de una contraprestación, mencionándose de forma expresa que con dicha aplazamiento lo que se pretendía era precisamente conciliar tales obligaciones. Por ello en dicha segunda adenda se aplaza el pago a los cinco años siguientes al 21 de marzo de 2006. Asimismo en relación con la tercera de las adendas firmada el 2 de febrero de 2010, que efectúa un nuevo aplazamiento del pago del precio total hasta el 30 de julio de 2011, la misma nuevamente estaría en consonancia con el devenir del contrato de compraventa de acciones y cesión del préstamo participativo suscrito entre Cantur y Dumviro el 29 de diciembre de 2005, y en concreto con el aplazamiento que en similares términos pactaron estas dos empresas hasta el mismo día 30 de julio de 2011.

De todo lo anterior, lo único que se desprende con toda claridad es la clara voluntad, de D. Luis Egusquiza y de D. Francisco Javier López Marcano de dar cumplimiento al mandato que les había sido conferido por el Consejo de Gobierno y en definitiva su voluntad de arbitrar las condiciones adecuadas que permitieran sanear el club deportivo así como recuperar para las arcas públicas el dinero aportado al Club deportivo Racing en concepto de préstamo participativo, no apreciándose en relación con dichas operaciones ánimo defraudatorio alguno, ni en su proceder, ni en el del resto de los investigados.

- Compra por parte de Cantur del 53,42% de las acciones del Club deportivo Racing en fecha 23 de diciembre de 2004 y ulterior venta de las mismas a la fundación Stichting Interfoot por contrato elevado a público el 7 de marzo de 2005.



Se afirma en el Auto recurrido que la operación de venta por parte de Cantur del 53,42% de las acciones del club deportivo a la fundación Stichting Interfoot que tuvo lugar el 7 de marzo de 2005, *no fue autorizada por el Consejo de administración de Cantur ni por la Junta General Universal*, afirmando que los mismos *ni siquiera fueron informados*, así como que dicha operación *tampoco fue publicitada ante la opinión pública*, acciones de las que parece deducir la existencia de un ánimo de ocultación cercano al fraude.

En relación con lo anterior, la sala tiene que poner de manifiesto que con anterioridad a la compra de dichas acciones por Cantur, la mencionada empresa pública mediante ampliación de capital realizada el día 24 de diciembre de 2003 ya había suscrito un total de 236.650 acciones que suponían el 8,06% del capital del Racing, siendo por ello accionista de dicho club de fútbol. En esta situación, y nuevamente en estricto cumplimiento del mandato contenido en el mencionado Acuerdo de Gobierno, al día inmediato siguiente, esto es el 23 de diciembre de 2004 Cantur compró 1.568.724 acciones del Racing por un importe total de 16 € a las empresas "Promodico 2000 S.L." por importe de 6 euros y "Hormigones cántabros, S.L." por un importe de 10 €, paquete de acciones que constituía el 53,43% del capital social, -a sumar al que ya tenía con anterioridad-, encontrándonos por tanto con que Cantur pasó a ser el accionista mayoritario del club con un número de acciones que excedía del 50% del capital social de la sociedad deportiva.

Tal y como se desprende del informe económico elaborado en fecha 11 de octubre de 2006 por la mercantil KPMG asesores, S.L. (Tomo VIII de la documental) en el año 2004 el Racing se encontraba en

causa de disolución al tener deudas por un importe aproximado de 23.000.000 euros a finales de 2004 de los que 16.918.218 € se correspondían con deudas bancarias relativas a otro contrato de financiación pendientes de amortizar a finales de ese año, siendo sus vencimientos a principios de 2006, tratándose de préstamos que estaban avalados por algunos de los accionistas. Es por ello por lo que Cantur decide transmitir dichas acciones temporalmente a una tercera empresa llamada Stichting Interfoot en lo que en la querrela se denomina "Contrato de aparcamiento de acciones" de 7 de marzo de 2005, reservándose no obstante Cantur la mayor parte de los derechos relativos a las mismas. Así pues, el examen del mencionado contrato evidencia que dicha venta se efectuó con carácter transitorio, hasta que apareciera una empresa privada solvente que adquiriera el Racing ("escritura de la primera compraventa"), quedándose entretanto Cantur con un porcentaje accionarial del Racing minoritario representativo de un 8,06% de su capital social). En dicho contrato, Cantur se reservaba bajo la rúbrica "Derechos Cantur" los derechos de "Opción de compra", "Derecho real de prenda" y "Cesión de los derechos económicos sobre las acciones" otorgándole un poder irrevocable de representación respecto a las acciones en junta General de accionistas.

De lo anteriormente expuesto, no se infiere ánimo alguno de ocultación o de fraude, máxime cuando los derechos que la vendedora se reservó respecto a la compradora le permitían con facilidad recuperar dichas acciones, desprendiéndose asimismo del informe emitido por la mencionada auditora KPMG asesores, S.L. que si bien los gastos de honorarios de abogados y notarios y los honorarios pagados a Stichting por los servicios prestados ascendieron a la suma de 83.022 euros

consignados en dos facturas, no obstante lo anterior dichos gastos no fueron soportados finalmente por Cantur puesto que se repercutieron a los nuevos accionistas del Racing, esto es a la empresa Dumviro Ventures, S.L. tal y como así se estipula en la sección 11 del contrato de compraventa celebrado con Dumviro de 29 de diciembre de 2005 teniendo por ello para Cantur dicha operación un "coste cero".

De todo lo anterior se desprende que dicha operación, que tal y como así lo declararon los investigados en la causa, y así se afirma en el Auto recurrido, se efectuó con el claro propósito de evitar que dicho endeudamiento figurara contablemente en el balance de Cantur, a juicio de la sala y con independencia de que no se llevara a cabo con una mayor publicidad o de que no se tratara en el Consejo de administración de la entidad Cantur, estaba contemplada en el mandato contenido en el Acuerdo del Gobierno de Cantabria de 22 de diciembre de 2004, por cuanto en dicho acuerdo se preveía que la venta de dichas acciones a terceros se efectuara por Cantur "por sí o a través de terceros", siendo por ello inocua a efectos penales la alegada falta de autorización por parte de su consejo de Administración, al estar con carácter previo plenamente autorizada para llevar a cabo tal cesión por el socio único de la mercantil.

- Proceso de búsqueda de comprador del paquete de acciones adquirido por Cantur y formulación de una oferta vinculante por parte de D. Francisco Olmedo Manzaneque.

El Auto recurrido afirma que, "al margen del proceso de búsqueda de comprador privado" que se llevó a cabo con la colaboración del despacho de abogados



Gómez-Acebo & Pombo que desempeñaban labores de asesoramiento jurídico para CEP en virtud del contrato marco de prestación de servicios a que ya se ha hecho referencia de fecha 10 de marzo de 2005; D. Francisco Olmedo Manzaneque *contactó y ofreció sus servicios a D. Luis Egusquiza que le puso en contacto con D. Javier Montalvo Correa, aceptando figurar como "hombre de paja" de éste en la compra del Racing, lo que a su entender hizo firmando la oferta vinculante que afirma que "no realizó" "sin poner dinero propio y siguiendo las directrices que le pautaron", afirmando asimismo que para formalizar dicha oferta y el posterior contrato de compraventa "se concertaron" también con el letrado D. Emiliano Garayar, el cual de forma simultánea constituyó con el Sr. Olmedo la empresa Dumviro Ventures S.L. que finalmente adquirió el paquete accionario del Real Racing Club.*

La sala entiende que dichas afirmaciones no se sostienen a la vista de las diligencias de investigación practicadas, entendiéndose por el contrario que el resultado de las mismas permite afirmar que el proceso de búsqueda de inversores privados que adquirieran el paquete de acciones y la ulterior selección de comprador se realizó con toda corrección y atendiendo a los principios de publicidad y libre concurrencia.

Sobre esta cuestión, la sala ya ha tenido ocasión de analizar la participación del señor Garayar en la constitución de la mercantil Dumviro Ventures, S.L. concluyendo que su intervención tanto en el proceso de búsqueda de comprador privado,- tarea que desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2005 por cuenta de la sociedad Gomez-Acebo & Pombo de la que formaba parte hasta dicha fecha- y a partir de dicha fecha a través



de su nuevo despacho Garayar Asociados S.L., se ciñó únicamente a una mera labor de asesoramiento a su cliente CEP, siendo su función meramente instrumental, sin que el hecho de haber constituido junto con el Sr. Olmedo la sociedad mercantil a través de la cual finalmente se instrumentó la compraventa del paquete accionarial del Racing, permita hablar de la existencia de un "concierto" con los demás intervinientes, desde el momento en que como ya se ha explicado con anterioridad, la oferta vinculante exigía que el negocio se formalizara a través de una sociedad constituida al efecto. Su intervención se limitó por tanto, a poner a disposición del comprador, con el acuerdo de todas las partes, tal y como así resulta de las declaraciones practicadas, una denominación social que tenía reservada a su nombre, lo que le obligó a suscribir por imperativo legal una acción de la que por lo demás se desprendió con anterioridad a la celebración de la escritura pública de compraventa y cesión que tuvo lugar el 21 de marzo de 2006 en la que en definitiva se consumó la compraventa, por cuanto el previo contrato privado de compraventa lo fue bajo condición suspensiva. Debe pues analizarse el proceso de selección de compradores.

En este sentido, todas las diligencias de investigación practicadas, incluidos los numerosos testimonios prestados a lo largo de la investigación evidencian como así lo ha declarado el propio D. Luis Egusquiza al declarar en calidad investigado, que en cumplimiento del mandato contenido en el mencionado Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2004, y con la mira de conseguir un comprador solvente que se hiciera cargo del mencionado 53,42% del capital social de dicho club deportivo, la mercantil CEP, y en concreto su consejero delegado D. Luis Egusquiza



Manchado, encomendaron al despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo la realización de gestiones relativas a la búsqueda de inversores solventes, desprendiéndose de las declaraciones practicadas así como de la información remitida por dicho despacho, que fue el Sr. Garayar precisamente, como socio de dicho despacho y no a título personal, el encargado de dicha gestión, así como que se montó un "data room" en Madrid, esto es un local habilitado al respecto donde se entregaba a los interesados en la compra del paquete accionarial, tras firmar los correspondientes acuerdos de confidencialidad, la documentación relativa al mencionado Club deportivo, incluidos balances y demás documentación económica que fue obtenida con la colaboración del propio club deportivo. Asimismo, consta que en el marco de dicho proceso de búsqueda de inversor se presentaron varias ofertas, en este sentido consta documentado en la causa al Tomo VIII de la documental, una carta de fecha 8 de julio de 2005 agradeciendo a D.^a Ursua Lasheras su interés por adquirir el paquete accionarial del Racing e indicándola a firmar el acuerdo de confidencialidad explicándole que el data room permanecería abierto durante la semana del 4 al 10 de julio y que podría contactar bien bien con D. Luis Egusquiza o con los abogados designados por el agente Gómez-Acebo & Pombo abogados los cuales -y no CEP- habían designado precisamente a D. Emiliano Garayar que a la sazón era socio de dicha entidad, aportándose asimismo el contrato de confidencialidad y toda la información relativa a la venta, e indicando que el propietario y vendedor era la fundación Stichting Interfoot de derecho holandés y que su representante es CEP. El contenido de dicha misiva no se compadece con el alegado ánimo de ocultación de la venta previa a dicha fundación, y es por el contrario coherente con la



función de supervisión y tutela encomendada a CEP a través del Sr. Egusquiza-, mencionándose asimismo que se trataba de un procedimiento de venta público, concurrencial negociado y sujeto a derecho privado, lo que evidencia que no hubo ningún tipo de ánimo de ocultación en la previa venta a dicha fundación. Asimismo, de la documental aportada y de las declaraciones prestadas, también se desprende con toda claridad que la única oferta firme o vinculante para la compra del club fue la presentada por el Sr. Olmedo Manzaneque el 12 de diciembre de 2005, en el marco de dicho proceso de negociación gestionado por Gomez-Acebo, no existiendo dato alguno que permita sostener, como se afirma en el Auto recurrido, que dicha oferta se presentará "al margen de dicho proceso". Así pues, basta analizar dicha oferta vinculante para comprobar que la misma se efectuó por D. Francisco Olmedo Manzaneque a título personal, y que en ella ya aparecen las condiciones básicas de la transmisión que se formalizó por contrato privado el 29 de diciembre de 2005 con la empresa Dumviro Ventures, S.L. (representada por el Sr. Olmedo Manzaneque que se constituyó como su administrador único). En este sentido en dicha oferta vinculante se hacía constar el compromiso de ampliar capital por un importe no inferior a 1,5 millones de euros y el compromiso de en el plazo de 1 año llevar a cabo una financiación por importe de 6 millones de euros, siendo asimismo relevante que en dicha oferta se contemplara de forma expresa dar cabida a otros inversores de reconocida solvencia, conociendo y asumiendo CEP Cantabria y Cantur la entrada de otros inversores, lo que excluye nuevamente el alegado ánimo de ocultación, máxime cuando el propio Sr. Olmedo en su declaración manifestó que si bien la inversión la efectuó D. Javier Montalvo, por lo demás no imputado en esta causa, no fue como se

afirma en el Auto recurrido el Sr. Egusquiza quien le puso en contacto con D. Javier Montalvo al que ya conocía por haber trabajado para él en muchas operaciones, para afirmar que si D. Javier Montalvo permaneció inicialmente a la sombra en este proceso de negociación, cree que fue por la vinculación que tenía con Cantabria.

En suma, la operación de búsqueda de comprador, y la emisión por parte de D. Francisco Olmedo a título particular (y no por Dumviro que aún no estaba constituida, ni mucho menos por el investigado D. Jacobo Montalvo que pasó a formar parte de la empresa Dumviro tiempo después) de una oferta vinculante, a juicio de la sala se efectuó con toda corrección en el marco del proceso de negociación encomendado a Gomez-Acebo & Pombo, desprendiéndose del contenido del ya mencionado informe de KPMG asesores, S.L., que el proceso de selección y adjudicación fue público, admitiéndose, *"cuantas más ofertas mejor"*.

- Compraventa de dichas acciones por parte de Dumviro Ventures, S.L. por contrato privado de 29 de diciembre de 2005 sujeto a condición suspensiva y contrato de accionistas; elevación de dicho contrato a escritura pública en fecha 21 de marzo de 2006 tras el cumplimiento de las condiciones suspensivas y Adquisición por parte de CEP del derecho de marca y derechos federativos del club deportivo y su posterior cesión de uso al club a cambio de un canon, Titulización del derecho de cobro del canon y concesión de subvención al Racing por igual importe que el de dicho canon.



La sala va a analizar estas operaciones de forma conjunta, al compartir el criterio del Ministerio Fiscal de que no pueden entenderse de forma individualizada, dado que a juicio de la sala el examen de las diligencias de investigación practicadas evidencia que las mismas obedecieron a un único plan de actuación diseñado y tutelado por la mercantil CEP, cuyo objetivo en esencia no era como se sostiene en la querrela y en el Auto recurrido, "liberar del pasivo al Racing en beneficio de la familia Montalvo" sino, como afirman los recurrentes y así lo entiende también el Ministerio fiscal en su último informe, "salvar al Racing", enmarcándose en lo que el propio ICAF en su informe de fecha 23 de febrero de 2002 aportado al Tomo XVIII de la documental denomina "proceso de restablecimiento patrimonial" y "proceso de saneamiento o refinanciación del Racing", procesos ambos que se efectuaron en cumplimiento del tan mencionado Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2004, que encomendó a CEP convertirse en órgano tutelado y controlador del proceso de reequilibrio económico-financiero y patrimonial del Real Racing Club de Santander SAD.

Deben pues analizarse las imputaciones que en relación con dichas operaciones se efectúan en el Auto recurrido. Así pues, en dicha resolución se afirma que para comprar el Racing se empleó una "empresa instrumental" de Silver Eagle de inversiones y financiaciones, S.A., sin trabajadores, sin medios materiales, sin sede física ni medios personales que adquirió el 53,43% del Racing con el acuerdo "de ser liberada del pasivo del Racing, de las deudas bancarias que pesaban en ese momento sobre el Racing". Sobre este

particular, como ya se ha dicho, fue público y notorio y así se recoge de forma expresa en la propia oferta vinculante que dicha compraventa se instrumentalizó a través de una sociedad de nueva creación constituida inicialmente por el Sr. Garayar que asumió un sola participación, y por el Sr. Olmedo que asumió el resto del capital social y se constituyó en administrador único de la mercantil Dumviro, siendo el inversor que apoyaba al Sr. Olmedo, D. Javier Montalvo, no investigado en esta causa, como el Sr. Olmedo así lo ha declarado, sin que por contra el hijo del anterior que si ha sido imputado en esta causa D. Jacobo Montalvo, conste que en ese momento tuviera ningún tipo de relación con dicha mercantil ni que participará en modo alguno en dicha compraventa y en los negocios jurídicos que la acompañaron. No se aprecia por tanto irregularidad alguna ni en la constitución de dicha sociedad, ni en el hecho de que detrás de dicha empresa se encontrara D. Javier de Montalvo por cuanto se trataba de un empresario de reconocida solvencia que dirigía un grupo de empresas entre las que se encontraba la mencionada Silver Eagle (SEIF), circunstancia que lejos de resultar sospechosa de la existencia de un "concierto fraudulento" entre los investigados, a juicio de la sala lo que evidencia es la elección por parte de CEP, con el asesoramiento del despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo, de un inversor apoyado por un grupo de empresarios en principio fiable y solvente, que por ello ofrecía posibilidades reales de rescatar al club deportivo y de cumplir con la oferta vinculante efectuada, subsanando en definitiva la grave situación de insolvencia en que se encontraba el Club.

Asimismo, se afirma en el Auto recurrido que con motivo de dicha venta los investigados "se concertaron" para que Dumviro adquiriese el club deportivo libre de deudas en lo que se denomina una operación tendente a "liberar del pasivo al Racing", afirmando que dada la inexistencia de activos en el Racing se ideó, con el "concierto" de los investigados una fórmula o contrato "artificial", que también se califica de "ficción" en cuya virtud CEP, por Escritura pública de fecha 21 de marzo de 2006 "sin valoración y tasación y sin tramitar expediente alguno", adquirió el activo inmaterial consistente en la marca Racing y los derechos federativos de equipos interiores por un precio de 17.500.000 euros más IVA y de forma simultánea en escritura de la misma fecha cedió al Racing el uso de la marca y derechos federativos a cambio de un canon de 11 anualidades de 2 millones de euros, incluyendo una opción de compra por 500.000 €, afirmando que dicha operación estaba fuera del objeto social de CEP, así como que se ocultó en el balance de dicha empresa pública, generando importantes costes financieros y siendo cuestionada por el Tribunal de Cuentas. En suma, se sostiene que estas operaciones se efectuaron con la finalidad de ocultar en la contabilidad del sector público cántabro la financiación concedida al Racing.

La sala en modo alguno comparte dichas afirmaciones, por entender que carecen de todo apoyo probatorio, entendiéndose por el contrario que lo que la magistrada instructora denomina "concierto para la liberación del pasivo", a través de un plan artificial, no fue más que el modo ideado por CEP en cumplimiento del mencionado acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria para llevar a cabo la tarea de

saneamiento y restablecimiento patrimonial del Racing con la finalidad de poderle vender a terceros, siendo la liberación de dicho pasivo un paso necesario para poder proceder a la "recolocación en manos privadas" del paquete accionario adquirido por Cantur. En este sentido debe recordarse que dicha venta se sujetó a derecho privado, perfilándose y documentándose tras el correspondiente proceso de negociación previo a todo negocio jurídico privado, proceso en cuya virtud, tal y como así lo ha declarado con toda claridad D. Luis Egusquiza, Cantur se comprometía a solucionar el pasivo por importe de 17.500.000 euros que en ese momento tenía el Racing ya vencido y que estaba presionando su balance a lo largo del 2005, acudiendo a dicho fin a la fórmula real, que no ficticia, de comprar al club deportivo su marca Racing y otros derechos federativos por dicho importe, permitiéndole de este modo liquidar su pasivo y dejar sus cuentas saneadas, como por lo demás así se hizo de forma inmediata, acudiendo acto seguido y con la mira de recuperar dicho informe a la fórmula de ceder al club deportivo el uso de dicha marca a cambio de un canon tal y como se explicará a continuación. En suma, tal y como así lo declaró D. Luis Egusquiza, CEP en representación del Gobierno de Cantabria se comprometió con Olmedo a que éste, a través de sus inversores inyectaba en el Racing 2.260.000 € para restituir el fondo patrimonial del Racing, mientras que solucionar el pasivo de 17.500.000 euros era competencia del Gobierno de Cantabria.

Expuesto lo anterior, e intentando respetar el decurso histórico de los acontecimientos, debe de ponerse de manifiesto que nos encontramos con que tras dicho proceso de selección tendente a la búsqueda de un

comprador fiable, proceso que culminó en la formalización de la mencionada oferta vinculante por parte de D. Francisco Olmedo, -apoyada de forma expresa por otros inversores interesados en la adquisición de las acciones del Racing con el conocimiento de Cep y Cantur-, se suscribió el denominado **Contrato privado de compraventa de acciones y cesión de derechos sujeto a condición suspensiva de fecha 29 de diciembre de 2005**, contrato en el que intervinieron "Stichting Interfoot" como vendedora, Dumviro Ventures, S.L. como compradora (representada por D. Francisco Olmedo), CANTUR en cuanto titular de derechos (representada por D. Francisco Javier López Marcano), CEP (representada por D. Luis Egusquiza) y el RACING (representada por D. Manuel Huerta Castillo), **contrato que como se ha dicho, una vez verificado el cumplimiento de las condiciones suspensivas contempladas en el mismo se elevó a público por EP de 21 de marzo de 2006** (EP en la que intervinieron los mismos que en el contrato privado, salvo en relación con Cantur que actuó representada por D. Diego Higuera Ceballos en lugar de por el señor Marcano, documentos aportados tanto con el escrito de querrela, como a lo largo de la causa). Debe analizarse, siquiera sea someramente, cual fue el contenido de dichos contratos.

- Contenido del "contrato privado" de 29 de diciembre de 2005:

Se vende el 53,42% de las participaciones del Racing a Dumviro, y Cantur le trasmite sus derechos. Precio de la compraventa 21 €. Se EXTINGUE la opción de compra y se cancela la prenda frente a "Stichting Interfoot". Asimismo, se **CEDE a Dumviro el préstamo**

participativo y el derecho de crédito frente a la sociedad. EN CONTRAPRESTACIÓN A ESTA CESIÓN Dumviro se compromete a abonar a Cantur un PRECIO igual a la suma del principal del préstamo más los intereses vencidos líquidos y exigibles devengados y pendientes de pago a la fecha de efectividad de la cesión. (Se consignarán en una certificación). Se estipula la forma de pago del precio de la cesión del préstamo en cinco años. Los tres primeros años Dumviro pagará a Cantur los intereses anuales. El cuarto año los intereses más la mitad del precio de cesión pendiente de pago. Y el quinto año el total pendiente con los intereses anuales. También se compromete a constituir en la fecha de efectividad de la cesión un DERECHO REAL DE PRENDA sobre las acciones a favor de CANTUR que pasará a ser acreedor pignoraticio en garantía de la obligación de pago del precio de cesión del préstamo, por un importe que cubre al precio de cesión del préstamo pendiente de pago en cada momento junto a los intereses correspondientes. Ese derecho real de prenda se constituye en EP de 21 de marzo de 2006. Se consigna que se trata de un contrato confidencial. En cumplimiento de las previsiones de dicho contrato, se formalizó por un lado, la Escritura Pública de "Cesión de crédito" de Cantur a Dumviro de 21 de marzo de 2006, y por otro lado Escritura Pública de constitución de derecho real de Prenda sobre las acciones adquiridas por Dumviro de 21 de marzo de 2006.

Asimismo, consta documentado en la causa que el día 29 de diciembre de 2005, Dumviro, Cantur, Cep y el Club deportivo Racing representados por los señores López Marcano, Egusquiza, Olmedo y Huerta también suscribieron un "Contrato de accionistas de la sociedad



Real Racing Club, S.A.D. (documento número 45 de la querella) el cual se elevó a público por Escritura pública de igual fecha 21 de marzo de 2006. En dicho contrato se hace constar que el interés público exige que Cantur y CEP continúen velando por los intereses colectivos que el club deportivo tiene encomendados, así como por la salvaguarda de la masa social de la sociedad Racing, sus parámetros de solvencia y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el nuevo accionista en relación con la gestión de la sociedad. Por ello se acuerda que Cep y Cantur cooperen en la realización del proyecto deportivo de la sociedad en la ejecución del plan de negocios para las temporadas **2005/2006 y 2006/2007**. Se establece que Dumviro tendrá que suscribir una ampliación de capital desembolsando por lo menos 2.290.248,48 euros, contemplándose el derecho de adquisición preferente a favor de Cantur y Cep, un derecho de retracto y una opción de venta. También Dumviro concede a CANTUR y a CEP una opción irrevocable de compra sobre la totalidad de las acciones y sobre el derecho de crédito resultante de la escritura de cesión de crédito. Dicha opción de compra a favor de CANTUR y CEP se formalizó en **Escritura Pública de fecha 21 de marzo de 2006** (documento 22 de la Querella). Las partes se comprometen a instar la inscripción de la opción de compra en el libro registro de acciones nominativas de la sociedad. Asimismo, se estipuló que todos los gastos de esta Escritura los pagaría Dumviro. En este sentido Dumviro pagaría a CEP mediante cheque bancario nominativo la suma de 250.000 € en 30 días desde que recibiera la correspondiente factura de costes y gastos.



Paralelamente con la mira de solucionar el problema acuciante en el pasivo del Racing, se diseñó la operación cuestionada de compra y simultánea cesión de uso de la marca Racing y demás derechos federativos que se documentó en las Escrituras Públicas de igual fecha 21 de marzo de 2006 y que ulteriormente se titulizó. Esta operación, sin duda compleja jurídicamente no puede desconectarse de la grave situación crediticia del Racing en el momento de su adquisición por Dumviro, a la que ya se ha hecho referencia, con una elevadísima cantidad de deuda bancaria ejecutable o incluso en vías de ejecución forzosa que tal y como se hace constar en el informe de la mercantil KPMG asesores S.L rondaba en dichas fechas los 23 millones de euros. Así pues, tal y como lo pusieron de manifiesto en sus declaraciones los Srs. Olmedo y Egusquiza, y así se desprende de las diligencias de investigación practicadas, ante la imposibilidad de club deportivo de acudir al crédito ordinario a través de las entidades financieras, para hacer frente de dichas deudas y considerando que el mismo carecía de activos materiales que ofrecer como garantía, la solución hallada por los representantes públicos para posibilitar que el club pudiera hacer frente a dicho pasivo fue la de apoyarse en el único bien de titularidad del club, esto es en los derechos inmateriales de la marca del Racing. A dicho fin y dentro del mencionado proceso de saneamiento del club deportivo, por Escritura pública de 21 de marzo de 2006 el Racing transmitió a CEP la titularidad de las marcas del Real Racing Club de Santander a cambio de 17.540.000€ (que fueron cobrados por el Racing efectivamente el 30 de junio de 2006) así como los derechos federativos de los jugadores de categorías



inferiores, y simultáneamente, con la finalidad de que la administración pública pudiera recuperar dicha inversión, por escritura pública de igual fecha, CEP cedió al Racing el uso de la licencia de dicha marca a cambio de un canon anual de 2 millones a abonar cada 21 de marzo por anualidades vencidas, cediéndole asimismo el uso de los derechos federativos que acababa de adquirir hasta el 20 de marzo de 2017 por 1 euro anual, estando afecta al cumplimiento de la obligación de pago del canon la subvención concedida por importe de 2 millones de euros anuales mediante la pignoración de la cuenta bancaria en la que se ingresaba subvención a la que ya se ha hecho referencia y que fue concedida al club deportivo por Decreto de 22 de diciembre de 2005 y Convenio de 30 de enero de 2006. En dichos contratos también se reconocía al Racing un derecho de opción de compra de tales activos que en relación con las marcas se fijó en 500.000 € y con los derechos federativos en 11 €, estipulándose que debían de ejercitarse conjuntamente ambas operaciones el 21 de marzo de 2017.

Expuesto lo anterior, esta sala no aprecia por tanto irregularidad alguna en dicha operación, la cual incluso fue calificada por el administrador concursal del Racing que declaró en fase de instrucción, D. Santiago Ruiz Asenjo como una operación bastante compleja, de ingeniería, a su entender muy bien pensada, para procurar al Racing el dinero que necesitaba, cuyo importe se ingresó en la caja común del Racing para pagar las deudas que en ese momento existían, dado que como dicho testigo declaró, el Racing había tenido muchos momentos de insolvencia pero finalmente conseguía reflotar. Nos encontramos en definitiva ante la venta de un bien que luego es



arrendado por el vendedor con una opción de recompra final, operación que se explica por cuanto la cifra en que se cuantifica el bien transmitido (la marca), asciende al importe del pasivo que bloqueaba el funcionamiento del club. Asimismo, con independencia de que no conste acreditado que se solicitara ningún tipo de valoración del precio de dichas marcas, la intención de salvaguardar los intereses públicos que guió esta operación se desprende, como así lo apunta el ministerio fiscal, primero, del hecho de que se preveía que el precio de cesión (17.450.000€) recibido por el Racing debía destinarse exclusivamente al pago de las deudas anteriores del club (avaladas personalmente por antiguos dirigentes del Racing), detallándose concretamente en la escritura de venta los préstamos bancarios que debían ser satisfechos, como condición resolutoria de la venta; y segundo, del hecho de que se constituyó a cargo del Racing y en favor de CEP un derecho de prenda sobre una cuenta corriente, sobre la cual además se confería a CEP apoderamiento para poder disponer de su saldo para el pago del canon anual por el uso de la marca, siendo precisamente la cuenta en la que habría de ingresarse el importe anual de la subvención que percibía el club para el desarrollo de sus fines de interés social. De este modo, por un lado el Gobierno se aseguraba en principio el pago del canon anual por el uso de la marca, y por otro lado la operación ofrecía las garantías suficientes para poder trasladarse al mercado, obteniendo el Gobierno la financiación necesaria mediante la titulización de la deuda que se formalizó mediante la firma ante notario de un contrato con el fondo de titulización "AYT CLUB DE FÚTBOL I, FONDO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS", fondo



de titulización que fue constituido por AHORRO Y TITULIZACIÓN, S.G.F.T, S.A.

La valoración conjunta de las múltiples diligencias de investigación practicadas pone de manifiesto que nos encontramos ante un negocio jurídico complejo y atípico, cuya existencia por tanto es real y no ficticia, ello con independencia de la denominación que quiera dársele, al afirmar los recurrentes que nos encontramos ante una operación financiera de "sale and lease back", también denominada SLB, lease back o leasing de retorno. Por contra, el análisis de dichas diligencias de investigación practicadas en modo alguno permite afirmar que dicha operación supusiera como se afirma en el Auto recurrido la *liberación del pasivo* que tenía el Racing, sino que lo sucedido fue que en el marco del mandato conferido a la mercantil CEP en la persona del ahora recurrente D. Luis Egusquiza consistente en sanear dicho club deportivo y en suma reestructurar su deuda, la ejecución de dicha operación permitió al Racing obtener un importante flujo de efectivo, que ascendió a 17,5 millones de euros, cantidad con la que hizo frente de forma inmediata a las importantes deudas que en ese momento tenía el club, muchas de ellas en fase de ejecución y que de no haberse cancelado hubieran abocado a su disolución, disolución que era precisamente lo que se pretendía evitar por el Consejo de Gobierno. Con dicha operación, por tanto, la mercantil CEP lejos de liberar al Racing de su pasivo, le procuró una inyección financiera destinada a cancelar sus apremiantes deudas, entrega que por lo demás no se efectuó a título gratuito, sino que al instrumentarse en los mencionados contratos de venta y alquiler de las marcas y derechos federativos,

vino a generar en el Racing una nueva deuda, en este caso a largo plazo, deuda cuyo cobro en principio se encontraba garantizado mediante la pignoración de la cuenta donde anualmente y en condiciones normales se debía de ingresar la subvención que la Consejería de turismo y deporte de forma simultánea concedió al club deportivo por importe de 2 millones de euros anuales. Así pues, dicha operación de cesión de los derechos previamente adquiridos, por decirlo en términos simplistas, situó a CEP en una posición acreedora respecto al club deportivo y respecto al cobro del canon a satisfacer por el alquiler de la marca, tratándose en suma una operación de refinanciación de pasivos del deudor, esto es del club deportivo Racing a través de la cual se consiguió sustituir un pasivo a corto plazo vencido o de vencimiento inminente un pasivo a largo plazo que fue financiado por CEP, financiación que por lo demás no era ajena a su objeto social.

Finalmente, señalar que relación con dichas operaciones el propio Tribunal de Cuentas, en sus informes correspondientes a los ejercicios 2008-2009 y 2010-2011, lejos de tildar dichas operaciones de artificiosas o ficticias, se limitó a manifestar que al ser la verdadera finalidad de estas operaciones conceder financiación al club deportivo, la sociedad regional CEP debió de registrar en su activo un inmovilizado financiero (crédito a largo plazo) y no una compra de inmovilizado inmaterial. Asimismo en el segundo de los informes, se afirma que la cesión de los derechos sobre el cobro del canon a un fondo de titulización también se contabilizó incorrectamente desde el 2009 en el epígrafe "subvenciones, donaciones

y legados”, cuando a su entender al haber asumido el riesgo de desaparición de los flujos de pago, por ejemplo con la solicitud del concurso, debiera haberse registrado como un “pasivo exigible o deuda” que se extinguiría a medida que se fueran haciendo los pagos convenidos. Se afirma asimismo que la declaración de concurso del Racing implicaba la obligación de CEP de amortizar anticipadamente el fondo, afirmación que no obstante debe ser matizada, al haberse aportado a las actuaciones una escritura de fecha 25 de enero de 2007 de novación modificativa de la escritura de constitución del fondo de titulización de 20 de julio de 2006, escritura en la que se eliminaba de los supuestos de liquidación anticipada del fondo recogidos en su estipulación cuarta, precisamente el supuesto de que el club entrará en concurso de acreedores tal y como finalmente aconteció. En suma el Tribunal de Cuentas lo único que apreció fue la existencia de meras irregularidades contables por parte de CEP a la hora de consignar en su contabilidad dichas operaciones financieras, operaciones cuya realidad y finalidad en modo alguno cuestiona, considerando asimismo la Sección de enjuiciamiento del propio Tribunal de cuentas que no resultan indicios de responsabilidad contable en estas actuaciones en su acta de fecha 30 de julio de 2014 y en el Auto de 3 de noviembre de 2014 (Tomo XVII), más allá de una incorrecta contabilización de los distintos conceptos de la operación. En suma, la sala no comparte la afirmación que se efectúa en el Auto recurrido consistente en que dicha operación “se ocultó” en el balance de CEP, entendiéndose que lo sucedido fue que se consignó contablemente en un epígrafe que el Tribunal de Cuentas entendió inadecuado, atendida su verdadera naturaleza de préstamo.



A lo anterior debe añadirse, tal y como así lo entiende el ministerio fiscal, que estas operaciones (venta marca y derechos federativos, cesión uso y titulación) no se hacen al azar sino con el asesoramiento de varias firmas de letrados, en especial el despacho Garayar asociados, S.L. en relación con CEP y el Gobierno de Cantabria, y por parte de Dumviro/Racing el despacho de abogados Davies Arnold Cooper abogados, que asesoró al Racing a solicitud del accionista mayoritario Dumviro representado por D. Francisco Olmedo (folios 499-502 del Tomo XV está el contrato de asesoramiento), y tras una intensa negociación vinculada a la propia compra del club (baste ver el intercambio de correos a folios 504-515 del tomo 15 entre Davis Arnold Cooper, el Sr. Olmedo y Garayar Abogados a que hace referencia el Ministerio fiscal en su último informe), haciéndose finalmente en unas condiciones tales que los bonos emitidos tuvieron en el mercado inmediata aceptación por considerarse una operación mercantil normal y lucrativa para los inversores. Así pues, desde la perspectiva institucional, parafraseando nuevamente al Ministerio fiscal, cabe afirmar que dichas operaciones se hicieron con el debido asesoramiento jurídico y tuvieron repercusión en los medios de comunicación. En este sentido tan sólo mencionar que en el Consejo de administración de CEP de 22 de febrero de 2006 el Sr. Egusquiza explicó con todo detalle la mencionada operación para la "refinanciación" del Racing, así como en el Consejo de CEP de 17 de marzo de 2006 donde nuevamente el Sr. Egusquiza informó acerca de la necesidad de que CEP obtuviera un crédito de tesorería "puente" para pagar la compra del derecho de marca al Racing hasta que obtener la financiación necesaria



mediante la titulización del derecho de marca, explicando que habían vencido los créditos del Racing avalados personalmente por antiguos propietarios del club, y que la ejecución de esos avales "podría complicar la actuación ordinaria del Racing", siendo utilizado dicho fin por el Consejo de forma unánime (acuerdos que obran al Tomo V de la documental). Asimismo el día 21 de marzo de 2006 se celebró un Consejo de Administración del Racing bajo la presidencia de Manuel Huerta, asistiendo el Sr. Olmedo y los demás compradores del Racing por Dumviro en la que se autoriza a D. Manuel Huerta para formalizar la operación y abonar con el precio recibido de 17.540.000€ las deudas de Caja Cantabria "o en su caso al pago de los embargos decretados a favor de los avalistas de dicha deuda, que a día de hoy asciende a dicho importe..." (folios 131-132 Tomo XIV). También constan en la causa otras reuniones en las que se explica esta operativa y sus posteriores consecuencias o desarrollo en los Consejos de Administración de CANTUR de 29 de marzo de 2006 (Tomo IV) o en los Consejos de administración de CEP de 14 de Julio de 2006 (Tomo 5, f.51) o de 12 de diciembre de 2008 (del Tomo V) este último con aportación a los consejeros de un informe detallado al respecto (folios 221-236 del Tomo 8 (doc. 5). Junto a lo anterior, nos encontramos con que en la Junta General de Accionistas de CEP celebrada el día 6 de julio de 2006 (Tomo 5 f.201), se aprobó por unanimidad la operación de titulización, siendo celebrada en la Sala del Consejo de Gobierno de Cantabria, por ser éste el socio único de CEP, bajo la Presidencia del Sr. Revilla y con asistencia de los consejeros autonómicos, incluidos los investigados Srs. López Marcano y Agudo. La conclusión lógica que

extraemos de todo ello es que dichas operaciones de refinanciación, fueron conocidas y aprobadas por el Gobierno del Cantabria, no pudiendo deducirse, ni de su diseño, ni de su ejecución reproche penal alguno, ello con independencia de que las mismas finalmente generaran un menoscabo para las arcas públicas por causas ajenas a la voluntad de los querellados, ello por cuanto al ser declarado en concurso de acreedores del Racing en el mes de julio del 2011, el mismo incumplió sus obligaciones, decidiendo la administración autonómica por mediación del ICAF finalmente liquidar anticipadamente dicho fondo de titulización,- acuerdo del Consejo de administración de CEP de 26 de julio de 2011- ello pese a como se ha dicho haberse novado dicho contrato de titulización en 25 de enero de 2007 y haberse suprimido la declaración de concurso de las causas que abocaban a dicha liquidación anticipada del fondo, habiendo no obstante concluido el propio ICAF en un informe fechado el 23 de febrero de 2012 y aportado al Tomo XVIII que "ICAF ha permitido a CEP Cantabria y por tanto a su socio único el Gobierno de Cantabria amortizar anticipadamente el fondo de titulización sin que se produzca NI un coste añadido para la administración NI un desembolso inmediato de fondos, ya que ICAF finalmente se ha subrogado en la posición del fondo frente a CEP Cantabria". Nos encontramos por tanto de lleno ante actuaciones marcadas por un claro carácter político y revestidas de las necesarias formalidades legales, que por ello se encuentran extramuros del derecho penal.

- Acuerdo de Asunción de deuda de fecha 4 de agosto de 2006 en relación con el resultado del laudo arbitral de 2 de marzo de 2005.

El Auto recurrido, afirma que pese a que en el contrato privado de compraventa de fecha 29 de diciembre de 2005 se establecían todas las obligaciones asumidas por las partes, a través del contrato suscrito en fecha 4 de agosto de 2006, los investigados "concertándose" alteraron los términos pactados, "liberando a Dumviro de asumir las consecuencias del laudo arbitral dictado en fecha 2 de marzo de 2005", y por tanto con anterioridad a dicho contrato privado, afirmando que las consecuencias de este "concierto" que se documentó en el acuerdo de fecha 4 de agosto de 2006 supusieron una obligación con cargo a la administración por importe de 2.929.248,93 €. En relación con esta afirmación, la sala no puede sino concluir que una atenta lectura del mencionado contrato de compraventa de acciones de 29 de diciembre de 2005, apunta justamente en sentido contrario, entendiéndolo la sala, que dicha imputación no puede sino obedecer a una errónea interpretación de lo pactado entre las partes.

Así pues, y en lo que atañe al articulado del contrato de transmisión en favor de DUMVIRO del paquete accionarial mayoritario del Racing, cobran especial importancia el contenido de las cláusulas 9 y 16. Así pues, en la primera de ellas y en concreto en **relación con la responsabilidad que Cantur y "Stichting Interfoot" asumían frente a la compradora Dumviro**, se establece lo siguiente: Cantur y "Stichting Interfoot" responden frente a Dumviro por las obligaciones de las que deba responder la sociedad por cualesquiera reclamaciones de cualquier naturaleza con causa en **hechos o circunstancias acaecidas con anterioridad a la fecha de efectividad de la compraventa, salvo** los que resulten de los procedimientos y reclamaciones que se

encuentran expresamente contemplados en el anexo 9, cuyos gastos y resultados asume el comprador, esto es Dumviro. Esto es, responden de todas las OBLIGACIONES SOBREVENIDAS salvo las que se especifican en el anexo 9. No obstante lo anterior, en dicho contrato se establece expresamente que "Se considera expresamente una obligación sobrevenida el resultado del procedimiento arbitral número 2/04 seguido frente al Racing ante el Tribunal español de arbitraje deportivo a instancias de la Unión deportiva Salamanca, SAD", introduciendo por ello una excepción al régimen general inicialmente expuesto. Es fácil colegir por tanto que tanto Cantur como el vendedor responden frente a Dumviro del resultado de este laudo dictado - apartado 9.1 del contrato-. En dicho contrato igualmente se establece que la obligación sobrevenida se considera un "daño indemnizable". De igual modo, en su cláusula 16 bajo la rúbrica "cesión y subrogación" se hace constar que "Cantur podrá proceder en cualquier momento a la cesión de todos o algunos de los derechos y obligaciones dimanantes del presente contrato en favor de CEP Cantabria, quien se subrogará total o parcialmente en la posición contractual de Cantur", ello sin necesidad de consentimiento del comprador y de las demás las demás partes del contrato.

De lo anterior, no cabe sino concluir que el acuerdo materializado el día 4 de agosto de 2006 entre el Real Racing club, Dumviro y Cantur, representados los dos primeros por D. Ramiro Cid, en cuya virtud CEP se subrogó en la posición deudora de Cantur asumiendo en consecuencia como daño indemnizable la condena al Racing a pagar 2 millones y medio de euros que se había efectuado en el laudo arbitral de 2 de marzo de 2005,



(acuerdo que por lo demás se confeccionó dicho laudo adquirió firmeza al ser confirmado por la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 16 de junio de 2006), se ajusta plenamente a lo acordado en las cláusulas 9 y 16 del contrato de compraventa de acciones de 29 de diciembre de 2005 suscrito con Dumviro, esto es se ajusta a lo pactado, máxime cuando a consecuencia de dicho acuerdo CEP se subrogó en el ejercicio de las acciones contra los administradores del club responsables, contra los que ejercitó acciones sin éxito, ya que su pretensión fue desestimada por el Juzgado 1ª Instancia nº 10 de Santander y así lo confirmó la Audiencia Provincial (sentencia de 29 de septiembre de 2009, Tomo VI).

No cabe por tanto inferir ilícito penal alguno de la mencionada cesión, entendiendo que aún en el caso de que se cuestionara la propia decisión de Cantur de asumir dicha responsabilidad en el contrato de 29 de diciembre de 2005, no puede olvidarse que las cláusulas recogidas en dicho contrato fueron el fruto de una negociación compleja, entendiendo por lo demás razonable dicha previsión, habida cuenta la importante cantidad a que se condenaba en el mencionado laudo.

En definitiva, No cabe apreciar en dicha decisión concierto fraudulento alguno para en definitiva liberar a Dumviro del cumplimiento de dicha obligación, por cuanto ya en el contrato inicial las obligaciones derivadas del mencionado laudo fueron asumidas por la compradora y Cantur, y no por Dumviro que no asumió obligación alguna en dicho sentido, encontrándonos por lo demás con que en el Consejo de administración de CEP, en concreto en la reunión de fecha 27 de



septiembre de 2006, se trató ampliamente el tema de la Asunción de la deuda derivada de dicho laudo arbitral, poniendo de manifiesto que se estaba preparando una demanda contra los administradores, la cual como se dicho resultó fallida

- Actuaciones relativas a la reclamación del préstamo participativo, intereses y gastos de la operación.

Se afirma en el Auto recurrido, que pese a que la mercantil Dumviro asumió los gastos y costes generados en el proceso de compraventa de las acciones de 29 de diciembre de 2005 y no cumplió con sus obligaciones de pago, ni de los gastos ni del precio asumido por la cesión del préstamo participativo, CEP no ejercitó acción alguna para su reclamación, aludiendo nuevamente a la existencia de un "concierto" entre los investigados a fin de no reclamar a Dumviro el cumplimiento de sus obligaciones, y en suma, beneficiar a dicha mercantil en detrimento de las arcas públicas, desconociendo las obligaciones que habían asumido en el contrato de accionistas consistentes en supervisar el cumplimiento del plan de negocio. Asimismo, se afirma que constituye Malversación de caudales públicos el hecho de haber "condonado" a Dumviro el importe de los gastos de la compraventa que asumió en virtud del contrato suscrito en fecha 29 de diciembre de 2005 por importe de 250.000 €, cantidad cuya no reclamación afirma que fue concertada entre los imputados Srs. López Marcano, Agudo, Egusquiza y Jacobo Montalvo que decidieron no reclamarla y perderla, imputándole también al Sr. Garayar un delito de fraude como



cooperador necesario por su supuesta participación en dichas operaciones.

En relación con tales manifestaciones, resulta incuestionable, que la mercantil Dumviro incumplió el calendario de pagos pactado en los acuerdos de compraventa de acciones y cesión del préstamo participativo, que comenzaba en 2007, pero lejos de "ignorarse", "condonarse" o pasar por alto la devolución del precio de cesión del préstamo, tales incumplimientos e impagos fueron analizados con detalle en las reuniones del Consejo de administración de CEP celebradas los días 23 de enero de 2009 y 30 de junio de 2009, exponiendo su entonces gerente D. José Luis Santiuste, las reclamaciones efectuadas a Dumviro Ventures y presentando al Consejo un detallado informe al respecto, donde ya se resume que se habían remitido varios burofaxes de reclamación (4 en total desde mayo de 2008 hasta marzo de 2009) destacando los impagos y el incumplimiento del llamado "pacto de socios" firmado a la venta de las acciones. En este contexto, también consta debidamente documentado en la causa que a la vista de dicho incumplimiento y lo infructuoso de las reclamaciones extrajudiciales efectivamente realizadas, se abrió un nuevo proceso de negociación con la mercantil Dumviro que culminó con un aplazamiento en el pago de la deuda hasta el 30 de julio de 2011, pacto que se suscribió mediante adenda al contrato inicial de fecha 2 de febrero de 2010 -recuérdese que en igual fecha se efectuó una tercera adenda en relación con la cesión del préstamo participativo operada previamente entre CEP y Cantur estableciéndose un aplazamiento idéntico-. Tal aplazamiento explica, que una vez renegociada esta deuda, el 11 de febrero de 2010 el



director financiero de Cantur, D. Santiago Gutiérrez Gómez remitiera una carta a Dumviro en la cual les "recuerdan" la cuantía de esta deuda (que cifran en 7.377.755,44€), y que es remitida por exigencia de los auditores de CANTUR, señalando que "no es una solicitud de pago", manifestación esta última enteramente lógica si se tiene en cuenta que el pago había sido aplazado como se ha dicho hasta el 30 de julio de 2011 (documento 12 querella), quedando incumplida de nuevo esta obligación hasta el momento de la venta a WGA en enero del año 2011 de la que hablaremos con posterioridad.

Asimismo, y en cuanto a los gastos por importe de 250.000 € más IVA asumidos por Dumviro en la compra del Racing, de entrada debemos poner de manifiesto que no se detalla a que conceptos responde esta cantidad, entendiéndose que la misma que se establecía en favor de CEP tendría como objeto cubrir "gastos y costes generados en el proceso de compraventa y negociación", incluidos según el mencionado informe emitido por la asesoría KPMG los costes derivados de la previa operación de "aparcamiento de acciones" celebrada con Stichting Interfoot que se afirma se repercutió también a la mercantil Dumviro. En cuanto a su reclamación, consta en la causa que el mismo día 21 de marzo de 2006 se emitió por CEP a Dumviro una factura por importe de 290.000 € en la que se hacía constar que su vencimiento era "contado" (documento número 53 de la querella) constando también documentado que dicha factura se anula por otro documento de fecha 10 de diciembre de 2007, expidiéndose una nueva factura idéntica el día 10 de diciembre de 2007. Asimismo, consta documentado que Dumviro entregó a CEP en pago de dicha factura el 18 de



enero de 2008 un pagaré por importe de 290.000 €, pagaré que resultó impagado, constando asimismo un pagaré expedido por Dumviro a CEP en pago de gastos por importe de 5.000 € el 14 de mayo de 2008 (documentos 55 y 56 de los aportados con la querella), cantidad esta última que al parecer es la única que finalmente logró cobrar CEP con cargo a dichos gastos.

De todo lo expuesto, se desprende que la mercantil CEP en modo alguno "perdonó" o "regaló" o "condonó" a Dumviro cantidad alguna de las que está le adeudaba, estando por el contrario indiciariamente acreditada la existencia de numerosas gestiones tendentes al cobro de dichas cantidades, así como a informar al Consejo de administración de CEP y exigir a la mercantil el cumplimiento de sus obligaciones, tal y como se desprende de los burofax mencionados, del aplazamiento acordado así como de la reiterada renovación y reenvío de las facturas emitidas. No cabe por tanto hablar de intención alguna de "condonar" dichas deudas (esto es tanto el precio de cesión del préstamo participativo como los gastos de la compra), entendiéndose por el contrario que lo que se trató de evitar por parte de los responsables públicos aquí investigados, tal y como así lo expuso con toda claridad el Sr. Egusquiza en su declaración judicial, fue entablar acciones judiciales contra Dumviro para reclamar estas deudas, acciones de dudoso éxito habida cuenta que una de las empresas de su grupo, en concreto la constructora SEOP se encontraba en serias dificultades, habiendo sido declarado en concurso en el año 2008, por cuanto el ejercicio dichas acciones podían haber comprometido aún más la frágil situación económica de Dumviro y por extensión perjudicar al



Racing, poniendo con ello en riesgo todo el proceso tendente a la reestructuración financiera del club efectuado hasta ese momento, y disminuyendo en suma, aún más, las expectativas de cobro del Gobierno de Cantabria. No cabe pues de lo actuado apreciar indicio alguno de delito en tales conductas.

Igual conclusión se alcanza en relación con la afirmación que se recoge en el último fundamento jurídico del Auto recurrido donde se afirma que también todos los querellados, incluido el Sr. Garayar "se concertaron" para liberar a Dumviro del pasivo que suponía el impago del canon o alquiler de la marca correspondientes al ejercicio 2010, relatando que el ICAF asumió esta cantidad mediante la solicitud de un préstamo, por cuanto tal afirmación tampoco se sostiene en modo alguno a la vista de las diligencias de investigación practicadas, ello por cuanto no existe indicio alguno de la realización por parte de los querellados de ningún tipo de maniobra tendente a perdonar tal deuda, que por lo demás no era una deuda propiamente de Dumviro sino del propio club deportivo, con personalidad jurídica claramente diferenciada, el cual como es bien sabido tal y como se analizará más adelante, en dichas fechas presentaba una situación económica muy precaria que finalizó con la declaración del concurso de acreedores, no existiendo constancia alguna de que el Gobierno de Cantabria ni ninguno de los querellados realizara acción alguna tendente a perdonar tal deuda, que por lo demás difícilmente podía afrontar el club deportivo habida cuenta su situación financiera. A lo anterior, debe añadirse tan sólo, que pese a la implicación del Sr. Garayar en estos hechos, tampoco existe constancia alguna de que el mismo en

dichas fechas asesorara ya al Gobierno de Cantabria en tal operación.

- Proceso de búsqueda de compradores y venta de parte del paquete accionarial del Racing a la mercantil Western Gulf Advisory Sports Holding, B.V. (WGA). Contrato marco de 28 de enero de 2011, y contratos (4) de 29 de enero de 2011.

En relación con este proceso, que constituía "sustancialmente" el objeto de la querrela, el Auto recurrido afirma que los querellados "Srs. López Marcano, Agudo, Egusquiza y Montalvo convinieron que Cantur condonase parte del crédito de que Cantur cancelase la prenda que garantizaba el pago del precio de la cesión, que aceptase el cambio de deudor en otra cuantía menor y sin garantías, y que liberarse Dumviro de todas las obligaciones contraídas" afirmando que todo ello se hizo "pese a las indicaciones de los letrados del despacho profesional Gómez-Acebo & Pombo que intervino en la relación de los documentos que iban a suscribir, pero que no diseñó la operación, no intervino en la definición de las garantías, tampoco la fijación del importe que se iba a condonar, ni en la decisión de liberar a Dumviro de las obligaciones que tenía contraídas". Se afirma asimismo que todo ello se plasmó en el contrato o promesa de venta de las participaciones suscrito por D. Jacobo Montalvo en fecha 15 de enero de 2011, en el Acuerdo Marco de Zurich de fecha 28 de enero de 2011 que en nombre de Cantur suscribió D. Ángel Agudo en cuánto Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria, "sin poder ni facultad expresa para ello", plasmándose luego en los contratos privados suscritos en fecha 29 de

enero de 2011 en los que ya en nombre de Cantur intervino el Sr. López Marcano, en uno de los cuales realizado en escritura pública se afirma en el auto recurrido se canceló el derecho real de prenda sobre las acciones del Racing "sin justificación ni autorización". Se afirma asimismo en dicha resolución que todas estas operaciones *"conllevaron un beneficio para Dumviro que se vio liberado de la totalidad de la deuda en la que era responsable frente a Cantur, dejando de deber 7.964.867 €, cantidad de la que se ha visto liberada injustificadamente"*, afirmando que a consecuencia de dichos contratos, Cantur tan sólo percibió la suma de 498.000 € y de 1.500.000 € en ejecución de un aval, entendiendo que en consecuencia sufrió una pérdida en sus fondos correspondiente a 6.031.000 €. En suma se cuestiona que mediante la firma del acuerdo de 29 de enero de 2011 el Sr. López Marcano *"perdonara"* y en suma *"consintiera"* una *quita o minoración del importe del crédito que Cantur ostentaba frente a Dumviro* en relación con el préstamo participativo que le fue cedido en la compraventa que tuvo lugar en el año 2005 por importe de 1.391.000 €, ello al fijarse como importe de la deuda la suma de 6.573.000 €, cuando la deuda en dichas fechas ascendía a la suma de 7.964.867 €, cuestionando asimismo que *"liberara"* a Dumviro de la totalidad de la deuda al aceptar un cambio de deudor y en suma *"cancelara las garantías"* con las que Cantur había contado hasta ese momento, esto es el derecho de prenda sobre el 53,42% de las acciones del Racing de las que era titular Dumviro. Se entiende en el Auto recurrido que dichas conductas pudieran ser constitutivas de delito de Malversación de caudales públicos previsto en el artículo 432.1º del Código penal, y de las que también

entiende responsables al haber suscrito el acuerdo de Zurich, al Sr. Egusquiza al que entiende artífice del diseño de todas estrategia y al Sr. Jacobo Montalvo al ser quien finalmente se benefició de dicha suma.

Expuesto lo anterior, nuevamente la sala entiende que las diligencias de investigación practicadas no permiten sentar ni tan siquiera a título indiciario tales conclusiones, no pudiéndose interpretar, ni en suma calificar o juzgar tales operaciones sin ponerlas en relación con el contexto de importante crisis económica en que en dicho momento se encontraba, tanto el grupo de empresas a que pertenecía Dumviro, como el propio club deportivo, y sin tener en cuenta que las mismas se efectuaron tras contar los responsables públicos con el debido asesoramiento técnico y jurídico, así como con datos económicos y de solvencia tanto de Dumviro como de la mercantil compradora WGA, circunstancias que a juicio de la sala, han sido obviadas por la magistrada instructora a la hora de analizar dichas operaciones y extraer las conclusiones antes expuestas.

Así pues, a juicio de la sala un adecuado análisis del material instructorio permite afirmar, como así se pone de manifiesto en el informe elaborado por la Administración concursal del Racing de fecha 7 de octubre de 2011, que la mercantil Dumviro tras la compra de las acciones del club deportivo, efectuó en el mismo cuantiosas aportaciones, tanto mediante la aportación de capital, como por la vía de la concesión al club deportivo de préstamos participativos, todo ello por un importe aproximado de 9,3 millones de euros durante las temporadas 2005/2006 y 2006/2007, siendo la

última aportación en enero del 2007. Asimismo, consta documentado que Dumviro en cumplimiento del pacto de socios suscrito al comprar el Racing efectuó un aumento de capital por importe de 2.290.248,48 euros. De igual modo, se afirma en dicho informe que la imposibilidad de aportar más fondos por parte del accionista mayoritario Dumviro quedó patente a mediados del año 2008 con la crisis empresarial del grupo "Silver Eagle" al que pertenecía, estando documentado en la causa que el 15 de noviembre de 2010 Dumviro capitalizó en la modalidad de préstamo participativo los intereses por importe de 1.537.000 €, que el club deportivo le adeudaba por el préstamo participativo que le fue cedido por Cantur, constando asimismo en una certificación emitida por el Club deportivo que en la Junta general de accionistas de 19 de diciembre de 2010 formalizada en acta notarial, se acordó aumentar capital del Racing por compensación del crédito que ostentaba Dumviro por importe de 7 millones de euros, aclarando que dicho crédito formalizado mediante un préstamo participativo por importe de 7 millones de euros fue ingresado en las arcas del club deportivo mediante tres transferencias, todas ellas efectuadas por la mercantil Silver Eagle de Inve RS Fianc SA. Una por importe de **1.500.000 euros** efectuada **el 5 de febrero de 2007** en la cuenta número 00496742-OE 2016284513. Y otras dos por importe de **4.500.000 de euros** efectuada **el 28 de marzo de 2007**, y por importe de **1.000.000 de euros** efectuada **el 16 de marzo de 2007** ambas, en la misma cuenta número 20131589070200230012). Tales inversiones, de relevante importancia a efectos económicos, no vienen sino a evidenciar que la mercantil Dumviro lejos de actuar con base al concierto que se le imputa dirigido a procurarse un



enriquecimiento patrimonial, llevó a cabo en el club deportivo adquirido importantes inversiones acreditativas de la existencia de una verdadera voluntad negocial. Así pues, el propio Sr. Ruiz Asenjo, administrador concursal que elabora el mencionado informe provisional del concurso del Racing, manifestó que Dumviro contablemente aportó casi 11 millones de euros al club deportivo Real Racing Club.

En este sentido, del examen del informe de calificación emitido por los administradores concursales del Racing, se desprende que a partir de la temporada 2008/2009 la venta de jugadores dejó de ser una vía para compensar los resultados negativos, presentando en la temporada 2007/2008 unos resultados finales negativos de -3.935.319 € mientras que en la temporada 2008/2009 remontó tal situación presentando resultados finales positivos de 213.601 €, para ya en la temporada 2009/2010 presentar unos resultados finales negativos de -14.703.118 € y en la temporada siguiente 2010/2011 de -16.165.461 €, lo que en definitiva les abocó al concurso de acreedores que se declaró en julio del año 2011. En este sentido, los administradores concursales concluyen en dicho informe que pese a que la situación patrimonial del Racing se fue deteriorando paulatinamente desde la temporada 2007/2008, el desequilibrio sólo se manifestó claramente en el mes de junio de 2010 con el cierre del ejercicio 2009/2010, lo que nos sitúa en un momento en el que ya no estaba vigente el pacto de socios o de tutelaje suscrito el 29 de diciembre de 2005 entre CEP, Cantur, Dumviro y el Racing, en el que se acordaba que Cep y Cantur cooperarán en la realización del proyecto deportivo de la sociedad y en la ejecución del plan de



negocios para las temporadas 2005/2006 y 2006/2007, no pudiendo por tanto imputarse a la administración, y con ello a los querellados Srs. Marcano, Agudo y Egusquiza responsabilidad alguna derivada de un defectuoso cumplimiento de dicho pacto de socios. Así pues, según se hace constar en dicho informe el pasivo exigible a fecha 31 de diciembre de 2010 ascendía a la importante cantidad de 62.259.304 €, tratándose en parte de créditos con la Administración tributaria inmediatamente ejecutivos y que por sí mismos podrían determinar la liquidación de la sociedad.

Es en este contexto de crisis patrimonial que afectaba tanto al grupo de empresas a que pertenecía la mercantil financiera Dumviro, como el club deportivo nuevamente acuciado por cuantiosas deudas que asfixiaban y comprometían seriamente su viabilidad, cuando se inicia por el club deportivo Racing, con el asesoramiento del despacho de abogados Deloitte que incluso efectuó una auditoría del mismo, -tal y como así lo ha declarado uno de sus letrados, D. Javier Menor Pérez-, un proceso de búsqueda de un nuevo inversor que adquiriera las acciones de Dumviro y tuviera la suficiente capacidad financiera como para reflotar nuevamente dicha entidad, proceso de búsqueda que dicho letrado afirmó que se inició en una fase muy preliminar en el año 2009, culminando gracias a la mediación de Credit Suisse en enero de 2011 y tras un segundo proceso de negociación iniciado aproximadamente en el mes de octubre del 2010, con la venta de las acciones de que era titular Dumviro, a la mercantil Western Gulf Advisory Sports Holding, B.V. (WGA), proceso de negociación del que tal y como así lo han declarado tanto D. Luis Egusquiza como D. Ángel Agudo,

ambos fueron informados, solicitando precisamente el Sr. Agudo apoyo al Sr. Egusquiza que esté en ese momento ya no se encontraba al frente de CEP sino del ICAF, al ser perfecto concededor de todo el proceso previo de reestructuración y refinanciación del Racing que el mismo diseñó y dirigió en su etapa al frente de CEP. Consta asimismo acreditado en la causa, tanto a la vista de la testifical como de la documental aportada, que en este proceso, el Gobierno de Cantabria actuó asesorado por el despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo, tal y como así lo han puesto de manifiesto los letrados que participaron en dicho proceso a lo largo de la fase de instrucción, en concreto por D. Carlos Vázquez Cobos y D. Rubén Ferrer. Dicho proceso de negociación, finalmente concluyó con la firma de los siguientes documentos:

- Por un lado, con la firma el día **15 de enero de 2011** de un **"Contrato privado de promesa de compraventa entre Dumviro y WGA** (empresa con número de identificación 0032259671. b. 01)" el cual fue firmado en DOHA, Qatar. En este contrato WGA se compromete a adquirir por 15 millones de euros las acciones del Racing de las que Dumviro era propietaria y que en esa época ya representaban el 99,89 % de su capital social (documento 13 de la querrela redactado en inglés).

- Y por otro lado, con la firma de cinco contratos.

En primer lugar, un contrato denominado **"Acuerdo Marco" firmado en Zurich el 28 de enero de 2011** entre Dumviro (representado por Jacobo de Montalvo, WGA representado por Ahsan Ali Syed y Cantur representada



por D. Ángel Agudo San Emeterio en su calidad de Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Cantabria, como accionista único de Cantur. Asimismo y esto es a juicio de la sala relevante, este acuerdo también lo suscribió Ahsan Ali Syed en su propio nombre e interés, haciéndose constar que cualquier referencia a WGA en dicho documento se debía entender hecha solidariamente a Ahsan Ali Syed y a la sociedad que representa, añadiendo por tanto una garantía adicional al mismo, al responder personalmente con su propio patrimonio.

Este acuerdo, viene a desarrollar y dar eficacia a lo acordado entre Dumviro y WGA el 15 de enero de 2011. Por Cantur como se dicho, intervino el Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Cantabria, como accionista único de Cantur, intervención cuestionada en el auto recurrido, al no constar que fuera expresamente autorizado por Cantur. No obstante lo anterior, lo cierto es que el Sr. Agudo intervino como representante del socio único que era el Gobierno de Cantabria y en su condición de Consejero de Economía y Hacienda, pudiendo encontrarnos todo lo más ante una mera irregularidad administrativa sin relevancia en la esfera penal al representar a todo el accionariado de Cantur. Asimismo no puede olvidarse que la intervención del Sr. agudo tuvo lugar tan sólo en el mencionado contrato marco o acuerdo marco, que habilitó para la celebración del resto de los contratos que se firmaron en Santander, contratos en los que ya intervino el Sr. López Marcano como apoderado de Cantur.

En dicho acuerdo, en suma se consiente por Cantur expresamente la venta de las acciones del Racing a WGA condicionada de que **con anterioridad o de forma simultánea** se otorguen los acuerdos relacionados con las estipulaciones 2 a 4, que establecen lo siguiente:

- Dumviro, WGA y Cantur **se obligan a suscribir un acuerdo privado de reconocimiento de deuda y novación del préstamo participativo** (como fecha tope el 31 de enero de 2011) en virtud del cual WGA se subroga en la misma posición contractual que tenía Dumviro frente al Racing. En ese acuerdo **WGA asumirá mediante transferencia de Dumviro la deuda que Dumviro tenía frente a Cantur, pero modificándose, tanto el importe de la deuda, como el calendario de pagos.** Se dispone **que la deuda de WGA frente a Cantur sea equivalente a 50% del precio neto de la transmisión de las acciones** y que se abone directamente por WGA a Cantur. Asimismo, se exige un **AVAL BANCARIO a primera demanda por importe de 1 MILLÓN Y MEDIO DE EUROS** en garantía del cobro por Cantur de la deuda que asumirá WGA. Se estipula asimismo que cuando se firme dicho acuerdo de reconocimiento de deuda y novación subjetiva del préstamo participativo, Cantur liberará a Dumviro de cualquier obligación derivada del acuerdo de cesión de crédito previamente suscrito (EP 21 de marzo de 2006).

- Por su parte WGA se obliga otorgar a favor de Cantur un acuerdo de **OPCIÓN REAL DE COMPRA y DERECHO DE TANTEO sobre TODAS LAS ACCIONES OBJETO DE ESA COMPRAVENTA** en la misma fecha y en unidad de acto con el contrato de compraventa y no más tarde del 31 de enero de 2011 **que se deberá elevar a público en el plazo de 60 días desde su suscripción.** Cantur se

reserva el derecho a ceder total o parcialmente el acuerdo y los derechos y obligaciones que del mismo resultan.

De igual modo, y en incumplimiento de los contratos anteriores, y como culminación de dicho proceso de negociación se firmaron en Santander los siguientes contratos:

a) Acuerdo de 29 de enero de 2011 de RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y NOVACIÓN SUBJETIVA DEL PRÉSTAMO PARTICIPATIVO suscrito entre Dumviro (D. Jacobo Montalvo Vijande), WGA (D. Ahsan Alí Syed) y Cantur (D. Francisco Javier López Marcano)

En dicho contrato, al explicar los antecedentes, efectivamente se menciona que el contrato de cesión del préstamo participativo inicial de fecha 21 de marzo de 2006 fue modificado el 2 de febrero de 2010 mediante una adenda suscrita en documento privado entre Cantur y Dumviro, en lo relativo al precio de la cesión y al calendario de pago. *En dicho acuerdo efectivamente como se afirma en el Auto recurrido se acepta que WGA asuma la deuda que mantenía Dumviro frente a Cantur en concepto de precio de cesión, y a la vez se consiente que el precio que WGA debe de abonar a Cantur se minore o limite a 6.573.000 €.) De igual modo, y esto es sumamente relevante al igual que se minora dicha deuda, se reduce en la misma proporción la cantidad que Dumviro recibiría en concepto de precio por la transmisión de las acciones del Racing. Esto es, se pacta que el precio que WGA tiene que abonar a Dumviro por la compra de las acciones se le pague directamente a Cantur en concepto de precio de la cesión, pactándose en suma una compensación. Tal realidad, pone de manifiesto, en*

contra de lo afirmado en el Auto recurrido, que Dumviro no quedó liberado del pago de dicha deuda frente a Cantur de forma gratuita, sino que a cambio de dicha liberación renunció, perdió y en suma dejó de percibir la mitad del precio pactado por la compraventa de las acciones que no se olvide era de 15 millones de euros, ello por cuanto se estipuló que dicha suma, en lugar de serle abonada a Dumviro, iría destinada a pagar a Cantur por la cesión del préstamo participativo, eso sí con la minoración o quita pactada. En suma Dumviro cede su posición de prestamista y agente en el préstamo participativo a WGA y WGA por tanto se convierte en deudor directo frente a Cantur quedando Dumviro liberada en los términos antes expuestos. Así pues, en dicho contrato como se ha dicho se pactó fijar dicha deuda en 6.573.000 €, S.A. pese a que la deuda en dichas fechas ascendía a la suma de 7.964.867 € (6.750.000 € en concepto de principal del préstamo participativo y 1.214.867,16 € en concepto de intereses vencidos contabilizados a 31 de diciembre de 2010 (Informe de Cantur obrante al Tomo VI de la causa), fijando el siguiente calendario de pagos: un pago fraccionado con la entrega inicial por parte de WGA de un cheque por importe de 498.000 €, el cual se entregó a Cantur en el mismo momento de la venta y 6 transferencias trimestrales, las tres primeras por 1.350.000 € cada una, y las tres siguientes por importe de 675.000 € cada una, **por tanto el 26 de julio de 2012 la deuda debería de estar cancelada**. De lo anterior se desprende, que en virtud de dicho acuerdo se preveía que en 18 meses dicha deuda debería de estar satisfecha por WGA, encontrándonos con que en relación con Dumviro, después de los aplazamientos concedidos, le cumplía el plazo para pagarla el 31 de julio de 2012.

Asimismo, tal y como así se contemplaba en el acuerdo marco, en este contrato se estipuló la entrega a Cantur de un aval por importe de 1.500.000 de euros, pactándose asimismo que si WGA no pagaba a Cantur tenía derecho tras un previo requerimiento de cumplimiento, a declarar el **vencimiento anticipado** de totalidad pendiente de la deuda, perdiendo WGA el derecho plazo, y debiendo abonar la cantidad que se hiciera constar en la certificación que expediría Cantur.

b) Contrato privado de OPCIÓN DE COMPRA de acciones de 29 de enero de 2011 (documento número 17 de la querella). Lo suscriben WGA (D. Ahsan Ali Syed), CANTUR (D. Francisco Javier López Marcano) y el RACING. Este acuerdo, al igual que el Acuerdo Marco también lo suscribe Ahsan Ali Syed en su propio nombre e interés de manera que cualquier referencia WGA en este documento se debe entender hecha solidariamente a Ahsan Ali Syed y a la sociedad que representa.

En ese contrato WGA reconoce frente a Cantur un derecho de **opción de compra** sobre las acciones adquiridas del Racing que representaban un 99,89% de su capital social. Se hace constar que dicha acción operará en caso de incumplimiento grave por parte de WGA de sus compromisos de pago derivados del acuerdo de reconocimiento de deuda y novación subjetiva del préstamo participativo. En dicho contrato se afirma que dicho opción de compra se otorga de forma irrevocable por WGA con carácter real y con eficacia *erga omnes* a Cantur, sobre las acciones con carácter gratuito y **Racing toma nota y se compromete a realizar todas las actuaciones necesarias para la dotación de la misma su libro registro de acciones nominativas.** WGA también

otorga a favor de Cantur un derecho de tanteo sobre la venta de las acciones si WGA pretende vender las acciones a un tercero no perteneciente a su grupo.

c) **Escritura de CANCELACIÓN DE GARANTÍA PRENDARIA de 29 de enero de 2011** (documento número 18 de la querella). Suscrita por **CANTUR** representada por D. Francisco Javier López Marcano). En esta Escritura efectivamente se dejó sin efecto el derecho de prenda que había sido constituido a favor de Cantur sobre el 53,22% de las acciones del Racing.

d) **Contrato privado de compraventa de acciones del Racing firmado entre Dumviro y WGA de 29 de enero de 2011.** Este último contrato finalmente, ante los incumplimientos por parte de WGA **se resolvió por sentencia dictada por el juzgado de primera instancia número 55 de Madrid, el 6 de noviembre de 2013**, siendo demandante Dumviro y demandados WGA y Ali y el Racing. Se estima la demanda y se declara la resolución unilateral del contrato de compraventa suscrito entre las partes el 29 de enero de 2011 debiendo retrotraerse los efectos, volviendo Dumviro a ser titular de las acciones objeto del contrato con efectos desde el 13 de junio de 2011.

Así pues, si bien es cierto que en virtud de dichos acuerdos se minoró la deuda que Dumviro tenía frente a Cantur en la suma de 1.391.867 euros, sustituyendo a la persona del deudor y cancelando el derecho real de prenda que hasta ese momento pesaba sobre el 53,42% de las acciones, no puede pasarse por alto que tales operaciones no fueron sino el resultado de un proceso de negociación, en el que a diferencia



del proceso anterior que se documentó en el contrato de 29 de diciembre de 2005, el Gobierno de Cantabria, al no ser parte vendedora, tenía una posición negociadora mucho más débil, encontrándonos con que dichas operaciones se efectuaron tras contar los responsables del Gobierno de Cantabria con el debido asesoramiento técnico y jurídico tanto del ICAF como el despacho de abogados Gómez-Acebo y Pombo, y tras analizar un informe de solvencia de la empresa compradora y del Sr. Ali emitido por Credit Suisse, sopesando por tanto habida cuenta la difícil situación financiera que atravesaba Dumviro y en suma el Racing, la conveniencia de aceptar como deudor a una empresa como era la aportada por el Sr. Ali, que en principio se presentaba como más fiable y solvente que Dumviro. Así pues, la sala no comparte la afirmación efectuada en el Auto recurrido consistente en que dichas estipulaciones se suscribieron en contra o "pese" a las indicaciones de los letrados del despacho profesional Gómez-Acebo & Pombo, por cuanto el examen de las declaraciones prestadas por los dos abogados de dicho despacho que intervinieron en dicho proceso evidencia lo contrario. Así pues, dichos letrados manifestaron que ellos no diseñaron las garantías que debían de establecerse en dichos contratos, limitándose a intentar plasmar las de la forma más adecuada para los intereses de su cliente, el Gobierno de Cantabria. En este sentido, D. Carlos Vázquez Cobos manifestó que a ellos no se les pidió que valoraran otro tipo de posibilidades o garantías, sino que estructurarán el acuerdo Marco en función de las garantías que iban a adoptarse como consecuencia de levantamiento de la prenda, levantamiento que era inevitable como así lo manifestó el letrado de Deloitte D. Javier Menor Pérez. En este sentido, el Str. Vázquez

Manifestó que ellos en ningún momento propusieron que Dumviro también permaneciera como deudor, porque entendían que Dumviro al vender las acciones quedaba fuera, relatando no obstante que para ellos el deudor más adecuado era el Racing, aunque finalmente se optó por qué fuera WGA.

En este sentido, resulta de suma importancia la documentación obrante al Tomo XVIII consistente en una **factura expedida por Gómez-Acebo & Pombo de fecha 31 de enero de 2011 con número 10110370** que se expide al ICAF y que ICAF afirma que está contabilizada en su empresa si bien no consta en sus archivos ni el encargo y el acta de aprobación. Dicha factura hace referencia un "dictamen sobre ayudas del Estado y otras actuaciones sobre aspectos de financiación relacionados con la operación de venta de acciones del real Racing club de Santander" y contempla las siguientes partidas: a) análisis antecedentes, estudio jurisprudencia, preparación y elaboración de informe sobre ayudas del Estado, b) **análisis contable de las circunstancias del vendedor y comprador de la operación de venta de acciones** y c) **revisión del informe del ICAF sobre la solvencia financiera del comprador**, ascendiendo el total de los honorarios facturados por dicha labor a la suma de **21.240 €**. La factura lleva el sello de contabilizado y pagado, estando sellada el 16 de marzo de 2011. Asimismo, junto a dicha factura, se aporta la documentación elaborada por dicho despacho de abogados justificativa de la misma, que consiste **en un informe de Ayudas del Estado y una revisión con cambios marcados y comentarios de un informe de ICAF sobre "valoración del riesgo del crédito, S.A."**. De la lectura de dichos documentos, se desprende que, Gómez-Acebo & Pombo

estudió la posibilidad de reducir el importe total de la deuda que Dumviro tenía con Cantur a consecuencia de la cesión del préstamo participativo, -y que ascendía a 7.973.480,98 €-, a la suma de 6.573.000 € que asumiría WGA, en concepto de 50% del precio neto de la transmisión de las acciones tras reducir los gastos (3.146.000 euros). Analiza asimismo, si esa reducción de la deuda que tenía Cantur con Dumviro es capaz de constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea (las ayudas del Estado son aquellas ayudas que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones). Así recuerda que conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal de justicia de la Comunidad Europea los entes públicos tienen la obligación de perseguir a sus deudores con el mismo vigor que los agentes privados, añadiendo que según una jurisprudencia constante de dicho Tribunal de Justicia "no constituye ayuda de Estado aquella conducta que responde al "test del acreedor privado", es decir todo aquello que un acreedor privado habría hecho razonablemente en una situación similar". Así pues, el hecho de que un acreedor público renuncie al reembolso de una parte de su crédito por ejemplo mediante una condonación de intereses no constituye ayuda de Estado cuando dicha renuncia representa una alternativa económicamente más sensata a la reclamación de crédito, esto es cuando cualquier acreedor privado prudente en una situación similar afectaría del mismo modo una condonación si ello le garantizará el reembolso en la mayor parte de la deuda, que no podía recuperar el caso de la reclamación inmediata o si la condonación le permitiera evitar pérdidas, o cuando una reclamación inmediata es

susceptible de generar el concurso del deudor. Todo acreedor debe comparar por un lado, el beneficio que puede derivarse de una liquidación rápida de la empresa y por otro lado, el que pudiera resultar de la renuncia momentánea al cobro de sus créditos y de la continuación de las actividades de su deudor. En suma se concluye que la falta de reclamación la deuda de manera inmediata, por ejemplo el acuerdo para aplazar el pago, puede constituir una conducta razonable por parte del acreedor público, en particular si se acompaña de garantías financieras suplementarias. Por todo ello concluye que la renuncia por parte de Cantur al reembolso de 1.400.480,98 € del saldo deudor de 7.973.480,98 €, que se corresponde con una cantidad ligeramente superior a la generada por los intereses del préstamo participativo hasta el momento devengados, **no es capaz de constituir una ayuda de Estado ya que cumple con los requisitos jurisprudenciales** sobre todo en vista de: la revisión del calendario de pago garantizando el pago de la deuda pendiente de cobro desde el año 2006 en un plazo de 18 meses (se contemplaban además de la entrega inicial por importe de 498.000 €, seis plazos más hasta completar el pago el 26 de julio de 2012), la garantía financiera en forma de aval bancario irrevocable por importe de 1 millón y medio de euros, el informe del ICAF relativo a la valoración de la deuda de Dumviro a fecha 31 de diciembre de 2010, y el informe de solvencia de Credit Suisse AG confirmando la solvencia de WGA. Informes estos dos últimos que acompaña como anexos 1 y 2 a su informe. Se aporta asimismo el informe de ICAF con las tachaduras antes mencionadas, donde se afirma que Dumviro Ventures, s.l. es una filial del grupo empresarial Silver Eagle, S.L. dedicado al sector de la

construcción y promoción inmobiliaria, así como que sufrió en el año 2009 un importante revés con la solicitud de concurso de acreedores con fecha 17 de marzo de 2009 de su sociedad participada SEOP, esto supone que Dumviro tuviera dificultades para poder realizar las aportaciones al club para solventar los desequilibrios. Como conclusión se desprende una **patente disminución el grado de solvencia del accionista mayoritario del club**, lo cual añadido a la delicada situación financiera del mismo y del club, implica que el ***grado de deterioro del riesgo del crédito de la inversión de Cantur frente a Dumviro*** se considere como **"muy elevado"**. En ese informe finalmente se concluye que el ICAF valoraba el crédito de Cantur con Dumviro al 31 de diciembre de 2010 como irrecuperable en su totalidad.

La sala, entiende que el contenido de dichos informes es claramente revelador de la preocupación del Gobierno de Cantabria por actuar con corrección y con arreglo a derecho, entendiendo que a la vista del contenido de los mencionados informes, tanto de dicho despacho de abogados, como del ICAF, Cantur actuó como lo hubiera hecho un acreedor privado, por entender legítimamente que aceptar dicha quita en definitiva la subrogación en la posición deudora de WGA resultaba beneficioso para los intereses públicos, ajustándose por tanto de su actuar, a las recomendaciones que le fueron efectuadas, no apreciándose por tanto en dicha conducta concierto de voluntades alguno destinado a perjudicar al ente público.

A lo anterior debe añadirse, que la sala no comparte la afirmación de que dichos contratos, en

definitiva, supusieran la liberación de Dumviro frente a Cantur, ni la renuncia o eliminación de relevantes garantías de cobro hasta ese momento existentes, entendiéndose por el contrario que Dumviro lejos de liberarse de forma gratuita del pago del precio de la cesión, vio minorada en igual suma la cantidad que tenía que percibir en concepto de precio por la venta de las acciones. De igual modo, la sala entiende que la eliminación de la garantía prendaria hasta el momento existente, que no olvidemos afectaba tan sólo al 53,42% de las acciones del club deportivo que se encontraba en causa de disolución, y que por ello tenía que tener un escaso valor económico, en modo alguno evidencia un ánimo espurio y fraudulento de liberar a Dumviro del cumplimiento de sus obligaciones, ni de que en definitiva renunciar al cobro de la deuda en perjuicio en las arcas públicas. Por contra, la sala entiende que con dichos contratos se pactaron otras garantías de similar o incluso superior valor que la prenda mencionada. En este sentido, lo cierto es que se concedió a Cantur una opción de compra con eficacia real y erga omnes sobre un 99,89% de las acciones, que si bien no fue elevada a escritura pública, sí que se anotó en el libro registro de acciones del Racing, (tal y como consta del informe emitido por el club deportivo y obra al Tomo XVII). Asimismo, se concedió a Cantur un aval bancario a primer requerimiento por importe de 1,5 millones de euros emitido por Credit Suisse, aval que tal y como consta documentado en la causa se ejecutó por Cantur tras el incumplimiento de WGA (al Tomo VI obra contestación de Credit Suisse en relación con dicho aval, poniendo de manifiesto que Cantur les requiere de pago por carta el 6 de mayo de 2011 y notarialmente el 10 de mayo de 2011 pagando finalmente

a Cantur el millón y medio de euros el 13 de mayo de 2011). De igual modo, Cantur percibió a la firma de contrato 498.000 € mediante el cobro un cheque, estipulándose por lo demás un breve calendario de pagos de 18 meses. Todas estas circunstancias a juicio de la sala impiden hablar siquiera a título indiciario de la existencia de ánimo de perjuicio, ni de concierto fraudulento, entendiéndose en este sentido, en contra del criterio del ministerio fiscal que los documentos remitidos por el ICAF aquella que se ha hecho referencia, por su claridad, con independencia de la persona física que lo suscribiera, no necesitan ser requeridos nuevamente, no existiendo motivo alguno que haga dudar de su contenido, autenticidad y veracidad.

En suma, la sala no aprecia por tanto, ni en el diseño, ni en la suscripción de tales contratos ánimo alguno de perjudicar al ente público en beneficio de la mercantil Dumviro, ni de desviar dinero público, máxime cuando en cumplimiento de dichos contratos Cantur logró recuperar una cantidad cercana a los 2 millones de euros, encontrándonos con que respecto al resto de la deuda no cabe hablar de condonación o liberación, por cuanto Cantur sigue teniendo derechos de crédito, derechos de crédito que si bien se consideran fallidos, existen, entendiéndose en suma que la quita y subrogación aceptada por Cantur fue razonable habida cuenta el contexto en que la misma tuvo lugar y el escaso poder de negociación de la empresa pública máxime cuando todas las operaciones estaban garantizadas personalmente por D. Ahsan Ali Syed, persona que en principio aparentaba gozar de gran solvencia, no superior a la de Dumviro, por lo demás estando avalado por Credit Suisse.



Debe por ello sin necesidad de practicar ninguna diligencia adicional acordarse el sobreseimiento provisional de la causa en relación también con dichos hechos.

QUINTO.- Recurso interpuesto por D. Francisco Javier López Marcano:

Dicho recurrente interesa con carácter principal que se decrete el sobreseimiento de la causa y se anule la remisión a la Sala del tribunal superior de justicia de la copia de los autos a fin de pronunciarse sobre la aplicación a fines distintos, de la subvención de 2 millones de euros anuales concedida al Racing, interesando con carácter subsidiario, que se acuerde continuar con la instrucción de los hechos relativos a la subvención en esta misma causa, practicándose las diligencias de prueba que había interesado mediante escrito de 4 de abril de 2015. Deben pues analizarse los motivos alegados por el recurrente.

.- **En primer lugar** el recurrente alude al carácter prospectivo de la investigación efectuada, afirmando que se han investigado de forma prospectiva los siguientes hechos: la concesión o aplicación de la subvención concedida al Racing por el Gobierno de Cantabria; la venta de acciones en marzo del 2005 a Stitching Interfoot; el lease back financiero y la titulización efectuados en el año 2006, operación que se liga directamente con el destino dado a la subvención; la liquidación anticipada del fondo de titulización y el supuesto pago caprichoso y arbitrario de las consecuencias del laudo arbitral de 2 de marzo de 2005, afirmando que si bien es cierto que en la

querella se hace mención a numerosos hechos que acontecieron desde el año 2004 así como al Acuerdo del Consejo de Gobierno del año 2004, tal mención a su entender se efectuó con el único propósito de relatar de manera objetiva la sucesión de acontecimientos que se produjeron en torno al Club deportivo hasta el año 2011, lo que no legitima para efectuar una investigación prospectiva encaminada a descubrir nuevos delitos no denunciados por ninguna acusación, como se afirma ha acontecido en el presente caso. Por ello, el recurrente entiende que debe continuar la causa sólo por los hechos que han sido objeto de denuncia debiendo respecto a los restantes hechos decretarse el archivo, y no su remisión a otros órganos judiciales.

A este respecto, nuestro Tribunal Supremo ha elaborado un consolidado cuerpo de doctrina, del que es exponente entre otras la reciente STS de 25 de octubre de 2016. En dicha sentencia, y en relación con los delitos de corrupción como los que así se investigan, al Alto Tribunal pone de manifiesto que *"es consciente de que la investigación directa de los hechos relacionados con tramas de corrupción y posible blanqueo, por la propia naturaleza reviste una gran complejidad por la forma en que se generan y la maquinaria societaria e "ingeniería" financiera de la que normalmente van acompañados"*. Por ello la investigación directa de estos hechos exige que se despliegue una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria (STS. 228/2013 de 22 de marzo de 2013. Por ello en estos supuestos, la simple *notitia criminis* es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito (SSTC. 169/90 y 32/94). La finalidad a que ha de tender toda



instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos -artículo 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal-. Por ello es una manifestación del principio de oficialidad -o de necesidad o de legalidad- que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva, esto es, cuando se tiene noticia, por cualquier medio típico o no, de un hecho que revista caracteres de delito, aunque se desconozca la persona de su autor. La razón de ser de esa manifestación descansa en el prevalente interés público en reprimir las conductas delictivas. Este interés, explica que su tutela sea asumida por el Estado y consecuentemente, que la persecución de aquellas conductas se erija en deber para los órganos judiciales encargados de la persecución penal. Por tanto, tal y como así se expresa la mencionada sentencia de 25 de octubre de 2016, la *notitia criminis* puede tenerse por un presupuesto o requisito de procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, en el bien entendido de que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal coloca en manos del Instructor, puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas



implicadas en su comisión, dado que la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. De lo anterior, se deduce que solo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989, y 41/1997). A contrario sensu, cabe afirmar que la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos comporta además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. Dicho riesgo es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la STC. 41/98 de 24 de febrero se señalaba que: "...acotar el campo de la instrucción, es esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona", y también que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del imputado, sino que ha de precisarse "qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial". Tampoco le es ajena al Tribunal Constitucional la conexión que existe entre una causa general y los requisitos que deben concurrir en los hechos sobre los que descansa la incoación y subsistencia de un proceso penal, pues a su juicio no hay "inquisitio generalis" allí donde el proceso descansa "en una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito grave, y no en una pretendida búsqueda sin más, de posibles hechos que



hubiera podido cometer el acusado" (ver STS. 12.1.2006 y STS. 3.12.2002).

Al hilo de la anterior doctrina, lo cierto es que pese a las alegaciones del recurrente, si bien la querrela afirma literalmente que "los hechos que se persiguen y motivan esta querrela consisten *sustancialmente* en el perjuicio económico causado a Cantur por la firma de los acuerdos suscritos los días 28 y 29 de enero de 2011 entre los responsables citados del Gobierno de Cantabria y los de las sociedades Dumviro Ventures, S.L. y Western Gulf Advisory Sports Holding B.V. que han causado a la sociedad mercantil pública la pérdida irreversible de 5.966.867 €"; no puede tampoco desconocerse que a lo largo del extenso relato de Hechos que contiene la querrela se mencionan numerosos hechos a los que se dota de apariencia delictiva, hechos que no sólo se ciñen a la firma de los acuerdos y contratos que tuvieron lugar en el mes de enero del año 2011, sino que se remontan al año 2004, desde el dictado del ya mencionado Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2004, haciéndose expresa referencia a que ya en la compraventa de las acciones del Racing que efectuó la mercantil Dumviro en el mes de diciembre de 2005, se aprecia lo que denomina "*un concierto*" entre la familia Montalvo y los representantes del Gobierno de Cantabria querrellados, conectando la compra de dicho club deportivo con la adjudicación a la empresa Alcalá 120, S.L. -que se afirma era titularidad de la familia Montalvo- del proyecto "Ecoparque Besaya", adjudicación que se afirma les iba proporcionar pingües beneficios. Asimismo, se menciona que dicho *concierto* se evidencia dado que desde el mismo momento de la compraventa que



tuvo lugar en diciembre del 2005 el Gobierno de Cantabria eludió su obligación de exigir a la empresa Dumviro el cumplimiento de los compromisos por ella asumidos, mostrándose pasivo ante los impagos también se afirma que dicho trato de favor culminó con la venta por parte de Dumviro de las acciones del club deportivo a la mercantil WGA. Siendo esto así, y pese a la generalidad del relato que se efectúa en la querrela, lo cierto es que en la misma se alude a la existencia desde el año 2005 de un *concierto previo*, que como bien alega el propio recurrente sería precisamente el origen y causa del ánimo defraudatorio que se afirma inspiró la celebración del Acuerdo Marco y de los cuatro contratos celebrados en el mes de enero del año 2011. Dicho alegado *Concierto de voluntades* al servicio del fraude, a juicio de esta Sala, legítima que la investigación se haya extendido a todas las actuaciones que en la querrela se mencionan, motivo por el cual en el presente caso no se aprecia la vulneración denunciada, no pudiendo por ello acogerse dicho motivo de alegación, ni en consecuencia acordarse, con fundamento en dicho motivo, el archivo de la causa en relación con dichos hechos.

.- **En segundo lugar**, el recurrente cuestiona la decisión del Auto recurrido de desgajar de este proceso los hechos relativos a la subvención, afirmando que tal decisión se encuentra en abierta contradicción con las afirmaciones efectuadas en el Auto recurrido que conectan de manera inseparable su otorgamiento, con la compra y alquiler de la marca y con el proceso de titulización, al afirmar literalmente que se trata de *"operaciones ficticias que habían encubierto una entrega sin contraprestación alguna al Racing de*



17.500.000 €, ello con el único objetivo de favorecer a Dumviro Ventures, S.L., liberándole del pasivo que tenía el club". Afirma por tanto el recurrente, que la conexidad es irrefutable tal y como también lo entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, y por ello concluye que de entender que existen indicios delictivos, lo que por otro lado también niega, dichos hechos deben de investigarse en la presente causa.

En relación con la primera de las cuestiones, esto es la relativa a la conexidad, nos encontramos con que la misma no puede ser acogida, remitiéndonos de forma expresa, a fin de evitar innecesarias reiteraciones, a los argumentos ya expuestos al resolver el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en similares términos.

Expuesto lo anterior, debe ahora analizarse si de las diligencias de investigación practicadas se desprende en relación a las justificaciones y pagos de la subvención concedida por importe de 2 millones de euros anuales, la existencia de hechos que puedan tener relevancia a efectos penales. En este sentido, consta documentado en la causa al Tomo VIII de la documental, que el club deportivo Racing tenía reconocido el derecho a percibir durante los años 2004, 2005 y 2006 la suma de 1.800.000 € en virtud del Convenio de colaboración suscrito en fecha 28 de marzo de 2003: Por Decreto 161/2005, de 22 de diciembre de 2005 se otorgó al Club deportivo Racing una nueva subvención, a través del procedimiento de concesión directa. En el artículo 1 de dicho Decreto se afirmaba literalmente que "el objeto de este Decreto es regular la concesión de una subvención al Real Racing de Santander SAD "para la

*ejecución de un conjunto de actuaciones destinadas a la **promoción del deporte base en Cantabria y a la promoción exterior de la imagen de Cantabria, empleando para ello un medio que posee una gran capacidad de movilización y convocatoria**". Se afirma asimismo, que "esta subvención tiene un marcado carácter singular debido a que el Racing es la única sociedad deportiva de fútbol en Cantabria que se encuentra en primera división, participando en competiciones oficiales de carácter profesional, lo que le permite una mejor realización de las actuaciones encomendadas...". De igual modo, en su artículo 3 se afirma que la subvención en metálico se destinará a la realización de las siguientes actuaciones:*

a)- Apoyo del deporte base manteniendo una estructura consolidada de equipos en categorías inferiores.

b)- Facilitar el acceso gratuito a los partidos a grupos de alumnos de educación primaria y primer ciclo de educación secundaria, previa programación.

c)- Colaborar en la promoción exterior de Cantabria a través de aquellas acciones que se acuerden. Facilitar la participación de los jugadores y técnicos en actos divulgativos dirigidos a niños y jóvenes.

d)- Apoyar, en los términos que se convenga, las actividades de promoción deportiva que se organicen por el Gobierno de Cantabria.

Asimismo en su Artículo 5 se establecía que la subvención se canalizará a través de la formalización



de un Convenio que establecerá dentro del marco del Decreto, las acciones concretas que serán objeto de ayuda, las condiciones a las que aquella se sujeta y los compromisos que asumen las partes firmantes. La subvención que se hace constar que importaría 2 millones de euros anuales, se justificará de conformidad con lo que a este respecto establezca el convenio que deberá respetar lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 38/2003 de 17 de noviembre general de subvenciones.

Asimismo, en fecha 30 de enero de 2006 se suscribió el mencionado Convenio de colaboración entre el Gobierno de Cantabria y el Racing para la promoción deportiva a que se refería el Decreto de subvenciones, suscribiéndose en igual fecha por D. Francisco Javier López Marcano como Consejero de Turismo y Deporte y el Presidente del Racing D. Manuel Huerta Castillo, un acuerdo dejando sin efecto de mutuo acuerdo el previo Convenio de colaboración suscrito en fecha 28 de marzo de 2003 y las sucesivas adendas, y reconociendo el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a las temporadas 2003/2004 y 2004/2005, sin que existan cantidades pendientes de percepción por ninguna de las partes (este acuerdo está al Tomo XVII de la documental). Así pues, y volviendo de nuevo al Convenio de colaboración suscrito el 30 de enero de 2006, su análisis evidencia que en el mismo se reiteran los objetivos o actuaciones recogidas en el artículo 3 del Decreto antes transcrito, concretando en relación con el punto C) "colaborar en la promoción exterior de Cantabria a través de aquellas acciones que se acuerden," que "específicamente, el Real Racing Club de Santander insertará en las camisetas la publicidad

promocional de Cantabria que establezca el Gobierno. Dicha publicidad sea compatible con la esponsorización que el club pueda formalizar con un tercero. Corresponde a la Comisión de seguimiento determinar la forma que se compatibilice esa esponsorización con la inserción de la publicidad institucional". En su apartado tercero en relación a las condiciones económicas y la forma de pago, se reconoce "el derecho a la percepción anual con carácter previo a la realización de las actuaciones subvencionados, durante los ejercicios 2006 a 2016", disponiendo que "La justificación para cada anualidad del cumplimiento de los compromisos a que se obliga por el presente convenio, se realizará mediante DECLARACIÓN de las actividades que han sido financiadas mediante la subvención y su COSTE con el DESGLOSE DE CADA UNO DE LOS GASTOS INCLUIDOS y su presentación se realizará como máximo en el plazo de tres meses desde que finalice el ejercicio que corresponda. De igual modo, se contemplaba expresamente que **No se producirán nuevos abonos sin haber justificado, dentro del plazo establecido los anticipos abonados, y se acredite que la SITUACIÓN FINANCIERA de la entidad SE HA FORTALECIDO**". Asimismo en dicho convenio se contemplaba la existencia de una Comisión de seguimiento "Para definir las acciones concretas de colaboración y resolver las cuestiones que puedan surgir en la ejecución del presente convenio se crea una Comisión de seguimiento que está compuesta de manera paritaria por los representantes que cada institución firmante designe, y presidida por el Consejero de gobierno competente en materia de deporte. Esta Comisión se reunirá cuantas veces sea preciso para la consecución de los objetivos del convenio y en todo caso, una vez

al año para evaluar las acciones realizadas y definir las del año siguiente. La vigencia es desde las temporadas 2005/2006 a 2015/2016 ambos inclusive”.

Expuesto lo anterior, obra en la causa al Tomo XVII, 2ª parte, diversa documentación relativa a las certificaciones y justificaciones de las subvenciones mencionadas, así como los informes anuales de fiscalización de la Comunidad autónoma de Cantabria elaborados por el Tribunal de Cuentas correspondientes a los ejercicios 2006-2007 y 2010-2011 en los que se pone de manifiesto la existencia cuanto menos, de irregularidades a la hora de justificar la aplicación del importe de la subvención a la realización de las actividades subvencionadas. En este sentido, y comenzando con los informes emitidos por el Tribunal de cuentas, debe de ponerse de manifiesto que en el relativo a los **ejercicios 2006 y 2007**, al tratar el tema de las subvenciones, tras afirmar que en su concesión se han cumplido los requisitos establecidos en la normativa aplicable, efectúa algunas observaciones: en primer lugar pone de manifiesto la falta de constancia de que se haya reunido la Comisión de seguimiento que el convenio preveía que se reuniera al menos una vez al año, mencionando igualmente en cuanto a la justificación de la inversión, que si bien es cierto que las memorias justificativas describen las actuaciones llevadas a cabo, durante ambos ejercicios económicos 2006 y 2007, por lo que entiende que se puede afirmar que se han realizado las actuaciones para cuya finalidad se otorga subvención, no obstante lo anterior, y si bien se han aportado las memorias justificativas citadas, el club no ha determinado cuál ha sido el coste concreto de las actividades

declaradas, ni el desglose de los gastos incluidos en cada una de ellas, "puesto que se han presentado para los dos ejercicios "una relación de gastos genéricos que no pueden vincularse de manera clara con las actuaciones subvencionadas." Por ello, el propio Tribunal de cuentas concluye que no puede pronunciarse sobre si en dichos gastos genéricos están incluidos los gastos subvencionables de acuerdo con las previsiones del convenio". De igual modo, en relación con el plazo previsto de justificación de la subvención, se afirma que mientras el informe justificativo de la temporada 2005-2006 se presentó el 13 de febrero de 2007 el correspondiente a la temporada 2006-2007 se presentó fuera de plazo el 26 de julio de 2007 (el plazo era como se ha dicho de tres meses a contar desde el fin del ejercicio). Consta asimismo documentado en la causa que a raíz de dichas observaciones se instruyó un procedimiento por responsabilidad contable ante el propio Tribunal de Cuentas, procedimiento que finalizó por Auto dictado el 3 de noviembre de 2014 en el que se acuerda que no procede la incoación de procedimiento de reintegro por alcance en relación con las subvenciones correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007 y se entiende siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, que las irregularidades detectadas en un principio han resultado justificadas.

En relación con las **subvención correspondiente a la temporada 2007-2008** , consta aportado a las actuaciones un certificado de cumplimiento de las condiciones generales y particulares de la subvención suscrito en fecha 1 de julio de 2008 por el Director general de deportes D. Ramón Jesús Cuesta García, certificado en el que se afirma que la fecha de pago de

la subvención es el 17 de marzo de 2008, que la fecha límite para justificar la subvención era el 31 de marzo de 2009 y que la presentación de la documentación justificativa tuvo lugar el 7 de julio de 2008, añadiendo que en dicha ocasión se justificó una inversión incluso superior a la cantidad subvencionada ascendiendo a la suma de 2.016.766 euros. No consta, no obstante lo anterior, una relación detallada de los gastos subvencionados.

En relación con la **subvención correspondiente a la temporada 2008-2009**, no consta la causa documentación alguna acreditativa ni de su pago ni de su justificación.

En relación con la subvención correspondiente a la **temporada 2009-2010** consta aportado a la causa un **certificado de cumplimiento de las condiciones generales y particulares de la subvención suscrito en fecha 15 de mayo de 2013** emitido por el Director General de deportes D. Javier Soler Espiauba Gallo, en el que se afirma que la fecha de pago de la subvención es el 17 de marzo de 2009, que la fecha límite para justificar la subvención era el 31 de marzo de 2010 y que la presentación de la documentación justificativa fue el 17 de marzo de 2010, y se añade que en esta ocasión también se justificó una cantidad incluso superior a la subvencionada que alcanzó los 3.593.631,17 euros. No consta, no obstante lo anterior, una relación detallada de los gastos subvencionados.

En relación con una subvención que parece referirse a la **temporada 2011-2012**, se aporta otro **certificado de cumplimiento de las condiciones**

generales y particulares de la subvención suscrito en fecha 14 de noviembre de 2012 por el Director General D. Javier Soler Espiauba Gallo, en el que se afirma que la fecha de pago de la subvención es el 31 de marzo de 2012 (si bien ese año está tachado y sustituido por el 2011) que la fecha límite para justificar la subvención era el 31 de marzo de 2012 y que la presentación de la documentación justificativa fue el 30 de marzo de 2012, y se añade que en esta ocasión se justificó una cantidad superior a la subvencionada que alcanzó los 3.153.595 euros. No consta, tampoco una relación detallada de los gastos subvencionados.

De igual modo, el Tribunal de cuentas, en el informe de fiscalización relativo al **ejercicio 2010-2011** firmado el 27 de febrero de 2014, en el capítulo relativo a la subvenciones, afirma que **la anualidad del 2010 a fecha 1 de junio de 2013 aún no estaba reconocida en el presupuesto, a diferencia de la anualidad del 2011 que ya estaba abonada**, añadiendo que **las subvenciones de los ejercicios 2012 y 2013 si bien figuraban reconocidas, no figuraban como pagadas**. Dicho Tribunal afirma que pese a lo anterior no se tiene constancia de la forma en que la Consejería de cultura, turismo y deporte acreditó el cumplimiento de la condición por parte del club consistente en "*el fortalecimiento de la situación financiera*" máxime cuando el 8 de julio de 2011 el club deportivo fue declarado en concurso voluntario número 279/2011 a solicitud del propio Racing, situación, que a juicio de esta sala, tal y como así lo pone de manifiesto el Tribunal de cuentas, resulta difícilmente conciliable con el cumplimiento del mencionado requisito de acreditación de dicho fortalecimiento financiero,

requisito que como se ha dicho establecía el mencionado convenio, y que justifica por sí sola la investigación de estos hechos.

Finalmente, y en materia de justificaciones, y en relación a la Subvención de los años 2010 a 2015. Se certifica que no se pudo efectuar el pago de la cantidad correspondiente a la anualidad de 2010 ya que en dicha fecha el Racing no acreditó que se encontrara al corriente de sus obligaciones ante la Agencia tributaria y la Seguridad social, constando asimismo documentado que en el mes de julio del 2013, y a la vista del informe del Tribunal de Cuentas se paralizó el pago de las subvenciones correspondientes desde los años 2012 y 2013 hasta que no se solventarán las dudas apreciadas por dicho Tribunal, estando asimismo documentado en la causa que por acuerdo de 18 de diciembre de 2014 se inició expediente de revocación del convenio de colaboración.

Asimismo y en relación con la reunión de la **Comisión de seguimiento**, a que se refería el convenio, consta la celebración de **una sola reunión el día 17 de agosto de 2010 presidida por D. Francisco Javier López Marcano** con objeto de definir las acciones de la temporada 2010-2011, sin que conste ninguna otra reunión sino hasta **el 27 de agosto de 2013**, reunión esta que ya fue presidida por el nuevo Consejero de Educación, Cultura y Deporte D. Miguel Angel Serna Oliveira, en la que se habla de que en el informe del Tribunal de Cuentas de 24 de abril de 2013 se señala la existencia de deficiencias en la justificación de la subvención del Racing de los años 2006 y 2007 y se acuerda requerir al Racing para que justifique los

gastos desglosándolos dentro de los objetivos de la subvención.

Todas las circunstancias hasta ahora expuestas, y en especial el hecho de que pese a la declaración en concurso de acreedores del Racing que tuvo lugar en el mes de julio del año 2011, dicha anualidad le fue reconocida e incluso abonada obviándose palmariamente la condición consistente en la acreditación del fortalecimiento de la situación financiera, a juicio de la sala pone de manifiesto, la existencia de indicios de la posible comisión, tanto por los Directores de deportes firmantes de las correspondientes certificaciones justificativas del cumplimiento de los requisitos de la subvención, como eventualmente por el Consejero que ordenó el pago, así como por los responsables del Club deportivo, de los correspondientes delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos o incluso de fraude de subvenciones, todo lo cual justifica la investigación de tales hechos en causa separada, habida cuenta la inexistencia de conexidad a que se ha hecho referencia con anterioridad.

.- **En tercer lugar**, en relación con el resto de las conductas que se imputan en los Fundamentos jurídicos 8º y 9º del Auto recurrido, se alega que el recurrente actuó siempre amparado por el mandato contenido en el Acuerdo del Consejo de gobierno de Cantabria de 22 de diciembre de 2004, acuerdo que constituye un Acto de Gobierno, entendiéndose que todos los contratos firmados por el recurrente al que se refiere el Auto recurrido están amparados por el citado acuerdo.



En este sentido, hemos de remitirnos de forma íntegra a lo ya expuesto a la hora de resolver el recurso interpuesto por D. Luis Egusquiza, concluyendo en suma que asiste razón al recurrente cuando afirma que de las diligencias practicadas no resultan indicios suficientes de criminalidad contra el mismo, por lo que procede acordar el sobreseimiento provisional de la causa en relación con dichos hechos, estimándose de este modo siquiera sea parcialmente, dicho recurso.

SEXTO.- Recurso de apelación interpuesto por D. ÁNGEL AGUDO SAN EMETERIO.

Dicho recurrente, como primer motivo de impugnación, hace referencia a la denegación de las diligencias de investigación en su día solicitadas por escrito de 1 de abril de 2015, insistiendo en su práctica habida cuenta su pertinencia. En segundo lugar, al igual que D. Emiliano Garayar y D. Luis Egusquiza impugna la decisión de remitir al juzgado de instrucción las adjudicaciones de contratos sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia a Garayar Asociados, S.L., alegando que no concurre ilegalidad alguna, así como que de concurrir existiría conexidad con los restantes hechos investigados en esta causa, cuestionando asimismo la remisión del testimonio en relación con el proyecto Ecoparque por la recompra de las participaciones, alegando además de la atipicidad de dicha conducta, la existencia de conexidad con esta causa. Finalmente, se alega la atipicidad de las conductas que se imputan al recurrente relativas a la liberación a Dumviro del pasivo del Racing, tanto las relativas a la no reclamación a Dumviro el cumplimiento de las

obligaciones del 2005 al 2011, la falta de reclamación del pago del canon o alquiler del 2010, la asunción por CEP del pago de las consecuencias del laudo arbitral mediante acuerdo de 4 de agosto del 2006, la liberación al Racing de la deuda mediante el contrato "artificial" de adquisición de la marca; como la relativas a la condonación de parte de la deuda, levantamiento de la prenda y liberación de las obligaciones de Dumviro en las operaciones del año 2011. Por todo ello, interesa que se acuerde el sobreseimiento libre y archivo de la causa en su totalidad dejando además sin efecto la remisión a otros órganos instructores.

La sala, entiende íntegramente aplicables a este recurrente todos los argumentos ya expuestos a la hora de resolver idénticos motivos en los recursos hasta ahora analizados, de ahí que sin necesidad de practicar ningún tipo de diligencia de investigación adicional, y sin mayores razonamientos, deba concluirse que al no resultar de las diligencias de investigación practicadas indicios suficientes de criminalidad contra el recurrente procede acordar el sobreseimiento provisional de la causa en relación con dichos hechos, estimándose de este modo siquiera sea parcialmente el recurso, ello por cuanto el sobreseimiento que se va a acordar no es libre, sino provisional.

SEXTIMO.- Toda la argumentación hasta ahora desplegada, por su propia naturaleza, se hace extensiva también a D. Jacobo Montalvo Vijande, pese a que el mismo no interpuso el correspondiente recurso de apelación, ello por cuanto la sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 641 de la Ley de enjuiciamiento criminal, entiende que al no haber quedado debidamente justificada la perpetración de los

delitos inicialmente investigados, procede el sobreseimiento provisional de la causa respecto a todos los imputados o investigados y en relación con todos los hechos que se mencionan en el Auto recurrido, con la sola excepción de los hechos relativos a la aplicación de las subvenciones a fines distintos a los objetivos de la subvención y el reconocimiento y pago de sucesivos ejercicios, hecho que como se ha dicho deberá de investigarse por el Juzgado de instrucción que por turno corresponda en procedimiento separado por la clara desconexión que presenta con los hechos que aquí se investigaban, dejando por razones obvias sin efecto la acomodación de la causa a los trámites del procedimiento de juicio por jurado.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de La Ley de enjuiciamiento criminal, no ha lugar a efectuar condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala **ACUERDA:** que Desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio fiscal y estimando parcialmente los recursos de APELACIÓN interpuestos por D. Emiliano Garayar Gutiérrez, D. Luis Egusquiza Manchado, D. Francisco Javier López Marcano y D. Ángel Agudo San Emeterio contra el Auto de fecha 11 de mayo de 2015 dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, procede **REVOCAR** y dejar sin efecto el mismo **ACORDANDO** en su lugar lo siguiente:

- Procede dejar sin efecto la acordada remisión de copia de los autos al Juzgado de Instrucción competente en relación con la Recompra de las participaciones de Ecoparque Besaya, acordando en su lugar el sobreseimiento provisional en relación con dichos hechos.

- Procede dejar sin efecto la acordada remisión de copia de los autos al Juzgado de Instrucción competente en relación con las adjudicaciones de contratos sin expediente de contratación, publicidad y concurrencia, acordando en su lugar el sobreseimiento provisional en relación con dichos hechos.

- En relación con la aplicación de las subvenciones a fines distintos a los objetivos de la subvención y el reconocimiento y pago de sucesivos ejercicios, procede dejar sin efecto la remisión del testimonio de particulares a la sala de lo penal del TSJC, acordando no obstante que dicha remisión se efectúe al juzgado de instrucción que por turno corresponda.

- En relación con el resto de los hechos investigados, se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa en relación con todos los investigados, sobreseimiento que será libre en relación con el investigado *D. Emiliano Garayar Gutiérrez habida cuenta la prescripción apreciada respecto al mismo*.

Se deja por tanto sin efecto la decisión de incoar procedimiento para juicio ante el Tribunal del Jurado y de convocar a los imputados y el Ministerio Fiscal y partes personadas a la oportuna comparecencia a fin de concretar la imputación.



No ha lugar a efectuar condena en costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a los perjudicados y demás partes personadas, haciéndole saber que contra el mismo no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por este Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Para dar fe de que se me entrega la precedente resolución, que paso a documentar. Reitero fe.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA