

**EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO
SECCION TERCERA.**

RECURSO CASACION 001/0001206/2017

**RECURRENTE (y también Recurrido) Dn. IGNACIO
(IÑAKI) URDANGARIN LIEBAERT**

**Organo origen: Audiencia Provincial de Palma de
Mallorca. Sección 1ª.**

34776

A LA EXCMA. SALA

Dn. PABLO SORRIBES CALLE, Procurador de los Tribunales y de Dn. IGNACIO (IÑAKI) URDANGARIN LIEBAERT, según tengo debidamente acreditado en el Recurso de Casación nº 001/0001206/2.017, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que dentro del plazo conferido a las Partes mediante Diligencia de Ordenación de fecha 20 de octubre del 2.017, al amparo de lo previsto en los artículo 882 y 882 bis de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio del presente Escrito me doy por INSTRUIDO de los Recursos de Casación interpuestos por Recurrentes identificados como “2 a 9; 10, 11, 12, 13, 14 y 15” y de manera detallada procedo a manifestar bien la impugnación a su admisión, bien a la adhesión de esta Parte:

PRIMERO.- Esta Parte se adhiere al **Recurso de Casación** identificado como “2 a 9” interpuesto por la **Representación Procesal** de la “**ASOCIACION**

INSTITUTO NOOS DE INVESTIGACION APLICADA” y de otros, en todo cuanto aquello no se oponga, lógicamente, con las argumentaciones y solicitudes de expresa absolución de Dn. IGNACIO (IÑAKI) URDANGARIN LIEBAERT, recogidas en el Recurso de Casación de esta Parte.

SEGUNDO.- En cuanto a lo que se refiere al **Recurso de Casación de Dn. JAUME MATAS PALOU (identificado como número 10):**

a) Se solicita respetuosamente la INADMISION DEL RECURSO:

- Segundo Motivo, apartado Primero:

El Sr. Dn. José Luís (Pepote) Ballester no pagó al Sr. Urdangarín porque fuera su amigo, sino porque el trabajo relativo tanto el relativo al Observatorio como al del Plan Estratégico estaban hechos y a satisfacción: más allá de las diatribas entre Co-Acusados, haciendo legítimo derecho cada uno de ellos, de los beneficios penológicos ofrecidos en su día por la Acusación Pública, derivados de las respectivas confesiones de versiones y conductas contradictorias entre sí, los hechos, los datos, los documentos confirman o desmienten dichas versiones.

Efectivamente, los –150.000.- Euros (más IVA 174.000.- Euros, que unidos a otras cantidades el Tribunal de Instancia, siguiendo la versión del Condenado confeso Dn. Jaume Matas, contradictoria con la del otro Condenado

confeso Dn. José Luís (Pepote) Ballester de que se trataba de una comisión o mordida de mi Mandante, fueron el trabajo de seguimiento legítimo del Equipo Ciclista “Illes Balears-Banesto”, por toda Europa.

No puede olvidarse que la contratación del Equipo Ciclista representó a las arcas del Govern Balear la friolera de – 18.000.000.- Euros más otros 2.000.000.- Euros para posibles contingencias. Una inversión de tal magnitud requería que el seguimiento del Equipo Ciclista que iba a costar tales importes estuviera a cargo de los especialistas pertinentes, como fueron Dn. Juan Pablo Molinero y todo su Equipo de colaboradores (la denominada Oficina de Proyecto), que fueron siguiendo y tutelando al Equipo por el Tour de Francia, Giro de Italia, Vuelta a España, Mundiales de Ciclismo, entre otras Competiciones Internacionales.

En nuestro Recurso de Casación ya tratábamos con detalle estos Hechos, que documentalmente quedaban incorporados a los siguientes Folios de la Causa:

- 14/641 al 14/644, y 14/618 al 14/621 del PDF 1164, Bloque Documental II de los aportados por la Defensa de Dn. Diego Torres y otros al principio del Juicio Oral.
- 9.522 y 9.523, de la Pieza Principal
- Anexo 66, Folios 9 al 14.
- Anexo 66, Folios 15 al 19,
- Anexo 66, Folios 29 y 29,
- Anexo 66, Folios 30 al 34. Anexo 48, Folios 1.521 al 1.524.
- 2.706 al 2.715 de la Pieza Principal,
- Folios 109 al 116 del Anexo 66

Todos estos Documentos acreditan la existencia y utilidad de la denominada “Oficina de Proyecto del Equipo Ciclista”.

- Segundo Motivo Apartado Cuarto del Recurso: las cantidades pagadas por la Fundación Illesport, no eran una comisión del Sr. Urdangarín, sino el importe correspondiente a trabajos final y correctamente realizados.

Que el Acusado Dn. Jaume Matas, tuviera la percepción de que los –150.000.- Euros eran una “comisión” por la obtención de la contratación de un Equipo Ciclista por importe de –18.000.000.- Euros, que representaría en tal caso, 0,8% del total importe, resulta contrario a las más elementales reglas de la lógica, de la sana crítica. Una supuesta comisión o mordida inferior al 1%, en un supuesto deportivo como éste, resulta impensable, más aún cuando la justificación contable y documental (ya no testifical, no evaluable en Casación...) resulta abrumadora, por lo abundante y por lo precisa.

Las sensaciones, las precepciones, incluso las convicciones internas personales, no pueden resultar suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, quedando extramuros de la probanza en el ámbito penal. Dn. Jaume Matas, podría haber tenido, e incluso seguir teniendo una impresión acerca del destino de los –150.000.- Euros más IVA, pero los medios de prueba aportados por la Representación Procesal de Dn. Diego Torres y otros, de carácter documental y contable acreditan

el correcto destino para sufragar la conveniente y necesaria “Oficina de Proyecto del Equipo Ciclista”.

Documentos éstos, (que igual que todos los aportados por dicha Representación Procesal) no han sido impugnados en momento ni por Parte Acusadora, alguna.

b) Se manifiesta la ADHESION al RECURSO, en los siguientes :

- Motivo TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO y SEPTIMO.

TERCERO.- En lo que respecta al **RECURSO DE CASACION DE LA ABOGACIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LES ILLES BALEARS**, (identificado como número 11):

a) Se solicita la IMPUGNACION de los siguientes:

- Motivo PRIMERO:

El Sr. Urdangarín no ha aportado Documento al Proceso ni durante la Fase de Instrucción ni en ninguna otra, porque no tenía ni tiene documento alguno, por tratarse de estas cuestiones otro u otros en su día Acusados, al no ocuparse ni de temas contables, ni financieros, ni fiscales. Por tanto,

y siempre con el debido respeto, hay que afirmar que no se puede demandar al olmo por no dar peras.

Sin embargo, ha sido ingente la Documentación aportada a lo largo del Proceso y muy especialmente al inicio de las sesiones del Juicio Oral, el 11 de enero del 2.016, por parte de la Representación Procesal de quien la tenía en su poder.

Documentación toda ésta, que hay que repetir a fuer de resultar cansinos, que nunca ha sido impugnada por Parte alguna, especialmente, por ninguna Acusación, ni Pública, ni Particular ni Popular. Tampoco por la propia Abogacía de la Comunidad Balear.

Como se ha insistido y argumentado al impugnar el Segundo de los Motivos de Casación del Recurso de Dn. Jaume Matas, ninguna comisión percibió el Sr. Urdangarín por el tema del Equipo Ciclista. En aras de la exigible economía procesal, damos pro reproducidos los argumentos, el relato fáctico y la relación de documentos que desmienten tal convicción por parte la Abogacía de la Comunidad Balear.

Convicción, que al respetuoso parecer de esta Parte, no ha quedado probada, corriendo la carga de dicha prueba a quien acusa, cuando ha sido una de las Defensas, la de Dn. Diego Torres y otros, guardianes de cuanta documentación relacionada con el tema del Equipo Ciclista y de todos los demás que han sido objeto de la presente Causa, quienes han demostrado lo contrario: que la Oficina de Proyecto del Equipo Ciclista existió, realizó sus

funciones a satisfacción, y resultó ser imprescindible para el buen funcionamiento de dicho Equipo, cuyo coste, no se olvide, fue de –18.000.000.- Euros, más –2.000.000.- Euros para cubrir posibles contingencias.

- Motivo SEGUNDO: inexistencia de malversación de caudales públicos, ni agravada (IB FORUM 2.006) ni nueva (IB FORUM 2.005).

En primer lugar, destacar que el cauce escogido en el presente motivo por la Abogacía de la Comunidad Balear, es la del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero lejos de atenerse a su estricto contenido, se procede a valorar la prueba, ofreciendo una particular y sesgada versión de la misma, incurriendo, al respetuoso parecer de esta Parte, en causa de inadmisión del artículo 884 en sus apartados 3 y 4.

La Abogacía de la Comunidad Balear pretende (de forma muy resumida) no sólo un incremento de la pena impuesta hasta este momento por el delito de malversación de caudales públicos referidos al IB FORUM 2.006, sino que además pretende la condena por dicho delito para el IB FORUM 2.005, por el que había resultado absuelto.

Llegados a este punto, debe recordarse la Sentencia de este mismo Tribunal Supremo, nº 755/2.001 de 6 de julio, en el sentido de que las cantidades en las que se fija la responsabilidad civil en la sentencia de Instancia, no pueden ser revisadas en Casación. Las cantidades que pretende obtener la Abogacía de la Comunidad Balear,

excederían las hasta fijadas por la Sentencia de Instancia: -445.000.- Euros y -150.000.- Euros más IVA.

La reciente modificación (Ley 41/2.015 de 5 de octubre) de la Ley Procesal Criminal, en el Punto 2 del artículo 792, confirma la tendencia jurisprudencial de no poderse revisar en casación los Fallos absolutorios. La cercana Sentencia STS 58/2.017 de 7 de febrero, es fiel reflejo de ello.

- Por otro lado, otras Sentencias, la 85/2001 de 24 de enero y las recientes de 14 de febrero del 2.017 (Caso Riilco); 132/2010 de 18 de febrero; 1374/2.009 de 29 de diciembre; 166/2.014 de 28 de febrero, referidas a la inexistencia del delito de malversación de caudales públicos, resultan paradigmáticas.
- Submotivo del Motivo SEGUNDO: nulidad de los Contratos del I. NOOS: causa ilícita.

A pesar de que en la página 59, de su Recurso, la Abogacía de la Comunidad Balear, no tiene rubor alguno al afirmar que los Contratos relativos al IB FORUM 2.005 y 2.006 no los suscribió la Administración debe denunciarse que ambos Contratos sí tuvieron Causa y que ella era perfectamente lícita: la Organización de sendos Foros con la participación de personalidades del mundo del deporte, del turismo y de la Empresa, 120 Ponentes, 1.600 invitados, 400 asistentes. Todos con una especial finalidad: potenciar el turismo deportivo en las Baleares a fin de mejorar la desestacionalización del turismo exclusivamente de playa, en el periodo estival.

Los Foros fueron un éxito. Así queda documentado en los Folios 35.045 y 35.115 al 35.308.

- Motivo TERCERO: aunque es una variante del anterior, centramos la siguiente argumentación crítica en la consideración planteada en el Recurso de la Abogacía de la CAIB acerca de la, a su juicio, incorrecta calificación de los Convenios de Colaboración suscritos el 17 de julio de 2005 y el 17 de septiembre de 2006 entre la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" y el Institut Balear de Turisme (IBATUR) con la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada para la celebración del Illes Balears Forum 2005 y 2006.

Se sostiene, en síntesis, que la Sentencia recurrida incurre en *error iuris* al tiempo de calificar esos Convenios de Colaboración (el segundo denominado Acuerdo de Colaboración) como contratos de patrocinio, bajo la consideración de la indebida aplicación al caso del artículo 22 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Para la crítica de tal postura debemos partir de la premisa, ofrecida explícitamente por la propia Sentencia recurrida de contrario, de la doctrina jurisprudencial que se plasma en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 737/2016, de 5 de octubre (pág. 510 de la Sentencia), conforme a la cual ***“la interpretación y la calificación de los contratos es una función encomendada a la Sala de instancia y no puede ser revisada en casación, salvo que resulte ilógica, errónea o irracional (Sentencias del Tribunal Supremo,***

**Sala Primera, de
25.3.95, 17.11.98, 30.4.2002, 4.7.2007)”.
de**

Pues bien, la calificación negocial realizada por la Sentencia recurrida de contrario, en cuanto concluye que los negocios celebrados constituyen Convenios de Colaboración que tienen por objeto regular las prestaciones propias de un patrocinio no resulta ni ilógica, ni errónea, ni irracional. El resumen conclusivo de esa calificación negocial se produce en la página 505 de la Sentencia, cuando la misma señala:

“Consecuentemente con lo expuesto, los negocios jurídicos analizados deben calificarse como proyectos globales de actividades estratégicas en materia de turismo y deporte que la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada ha diseñado previamente y desarrollará en el futuro, actividades en que las otras entidades contratantes se limitan a asumir obligaciones de patrocinio como instrumento para condicionar, a medida que se produzcan, su desarrollo mediante su intervención en las mismas.”

Para sostener la calificación que propone, la Sentencia recurrida se apoya fundamentalmente en la cita de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 781/2007, de 25 de junio (Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) (Ar. 3546), de la que transcribe diversos párrafos, que contempló un negocio jurídico teniendo por objeto la esponsorización por una Administración pública de la celebración de un congreso, señalando al respecto (pág. 506):

“El patrocinio o esponsorización es un negocio jurídico privado bilateral por el que el patrocinador se obliga a entregar al patrocinado una cantidad de dinero para financiar total o parcialmente una actividad lícita propia del giro o tráfico del patrocinado a cambio de que éste se comprometa frente a aquél a desarrollarla con determinadas condiciones o características determinadas por el patrocinador y de su interés.

Precisamente, la propia Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto con ocasión del patrocinio de un congreso por una Administración pública en su Sentencia núm. 781/2007, de 25 de junio (Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) (Ar. 3546), de la que pasamos a reproducir diversos párrafos de su Fundamento de Derecho Segundo, por su notoria trascendencia para la cuestión examinada: contrato atípico.

“Concretado este marco normativo, y después que aclarar que al tiempo de promoverse el litigio de que trae causa este recurso se hallaba en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Pública –Ley 13/1995, de 18 de mayo- se ha de excluir que el contrato celebrado por las partes constituya una categoría contractual típica, habida cuenta de su objeto. No se trata de un contrato de obras, de gestión de servicios públicos o de suministro; tampoco es un contrato de consultoría o de asistencia, pues falta el rasgo definidor de esta categoría negocial; ni es un contrato de servicios, pues las actividades propias de un patrocinio para la celebración de un Congreso no encajan con las

de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga, ni en las de carácter complementario que constituyen el objeto típico de estos contratos, y menos aún en las de mantenimiento, conservación y limpieza, realización de encuestas, programas informáticos o gestión de sistemas de información, analizadas siempre y en todo caso a la luz de la Directiva 94/50, CEE, del Consejo, de 18 de junio [rectius, Directiva 1992/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio], de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios –fundamentalmente, de su Anexo 1-. Y tampoco podría incluirse en la desaparecida categoría de los contratos “de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, pues, precisamente su eliminación por la Ley 53/1999 se explica por la posibilidad de considerar que su finalidad podía conseguirse a través del contrato de consultoría y asistencia, de cuya caracterización, por lo tanto, participaban. “

Frente a lo sostenido en el recurso que impugnamos, ni la Sentencia que se recurre de contrario, ni la Sentencia que aquélla cita como fundamento, invocan el artículo 22 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad -precepto que se limita a regular una determinada modalidad del patrocinio, el patrocinio publicitario-, como fundamento de la calificación que una y otra proponen. La Sentencia recurrida de contrario no afirma que estemos ante un contrato publicitario, el patrocinio publicitario, sino ante la esponsorización de algo más complejo, lo que denomina un proyecto global de

actividades estratégicas en materia de turismo y deporte, conclusión que la parte recurrente no intenta desvirtuar.

Bajo la premisa errónea de que nos encontramos ante un contrato de patrocinio publicitario, la recurrente desgrana una serie de asertos que no se adecúan a las conclusiones calificativas de la Sentencia recurrida de contrario, y en cuanto parten de esa premisa errónea, tampoco sirven para desvirtuarla. Así:

. Se afirma que el precepto regulador del patrocinio publicitario se refiere a la “ayuda” y a la “colaboración” del patrocinador, deduciendo de ello que “*parece*” excluir que la actividad patrocinada dependa exclusivamente del patrocinio. Incluso llega a afirmar que el patrocinio habría excedido de lo que los citados eventos realmente costaron, circunstancia que no ha resultado acreditada (la Sentencia recurrida de contrario pondera al efecto que la justificación de los presupuestos se reclamase más de cinco años después de que los Illes Balears Forums tuvieran lugar como explicación plausible de que la justificación no alcance a la totalidad del presupuesto; vid página 511). En todo caso, el precepto invocado en el recurso no excluye que la ayuda económica en que consista un patrocinio publicitario –si de eso estuviera hablando la Sentencia recurrida, que no lo hace como hemos tenido ocasión de ver- pueda cubrir la totalidad del coste de la actividad patrocinada, e incluso que pueda exceder de él, pues ni en el indicado precepto ni en ningún otro lugar del ordenamiento se prescribe un límite cuantitativo a aquélla. En ese sentido se pronuncia implícitamente la Sentencia recurrida, cuando, interpretando las cláusulas de los Convenios de Colaboración analizados, sostiene (pág. 509

y 510), en calificación no desvirtuada de contrario, lo siguiente:

“Ahondando en la interpretación del convenio de colaboración que venimos analizando, debemos expresar nuestra discrepancia con los criterios interpretativos que sostienen las acusaciones respecto de alguna de las estipulaciones contenidas en su texto. Ciertamente es, que la cantidad de 1.200.000 Euros viene determinada en concepto de máxima y que expresamente se estipula que el Instituto Nóos deberá cubrir los gastos que excedan de esa cantidad y que resulten necesarios para el desarrollo de la cumbre a través de las aportaciones que obtenga del patrocinio privado. Pero de ello, en modo alguno, debe colegirse (salvo que se pretenda del Tribunal una interpretación contra reo) que las cantidades obtenidas por el Instituto Nóos a través del precitado patrocinio privado debieran de traerse del monto, que en concepto de máximo, había sido prefijado. Tal aseveración la asentamos en el tenor literal del clausulado del convenio del que resulta, con meridiana claridad, que tales ingresos servirán “para completar el presupuesto necesario para el adecuado desarrollo de la cumbre” y su finalidad es la de dotar de cobertura al “presupuesto restante”. Obviamente, completar el presupuesto restante equivale a cubrir el exceso de gasto que supere tal cantidad máxima pero en modo alguno la detracción de tal exceso que, en ningún caso, aparece contemplada en el texto del convenio de colaboración que analizamos.”

En suma, la propia Sentencia da por acreditado que la esponsorización pactada en los Convenios de Colaboración podía no cubrir la totalidad de los costes de los Forums, pero tampoco negaba la posibilidad de que sí lo hiciera, al pactarse como patrocinio “de máximo”.

. Se sostiene, en segundo lugar, que los Convenios de Colaboración no contienen específicas cláusulas contractuales de carácter publicitario (tales como indicadores de mediación de resultados de impacto de los Forums, se apunta posteriormente), pero la afirmación es apodíctica, pues si aquéllos no tienen por objeto un patrocinio publicitario, sino el patrocinio de un proyecto más complejo, no hay razón que justifique la necesidad de incluir en su seno las cláusulas contractuales propias del patrocinio publicitario.

. También se afirma que no se tramitó ningún expediente de contratación que acreditase la aplicación de las normas de preparación y adjudicación exigibles en todo contrato privado de la Administración, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero la afirmación no se compadece con la exclusión de aplicación de dicha Ley a los negocios analizados que deriva de su consideración como Convenios de Colaboración del artículo 3.1.d) de dicha Ley (propiamente de su Texto Refundido, que era el texto legal vigente durante los hechos), precepto que expresamente los excluye de la regulación de dicha Ley, lo que abarca lo dispuesto en su artículo 9 en cuanto a los actos de preparación y adjudicación. A todo ello debe añadirse que las entidades celebrantes con el Instituto Nóos de los referidos Convenios de Colaboración sometían su

actuación al Derecho Privado, excluyente, per se, de obligaciones formales relativas a la elaboración de expedientes administrativos, pues sus actos no podían ser administrativos al no sujetarse en su adopción a dicha rama jurídica.

. También se afirma que los Convenios de Colaboración no supusieron la equivalencia de prestaciones entre las partes que la recurrente presupone en el contrato de patrocinio, lo que se sostiene bajo la premisa de negar axiomáticamente que la ejecución de dichos Convenios generara un beneficio público en forma de publicidad o proyección de la imagen pública que pudiera soportar su coste. La afirmación se basa nuevamente en la incorrecta consideración de que la única finalidad del patrocinio en cuestión resultase ser el retorno en imagen del patrocinador (la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport", puesto que el Institut Balear de Turisme (IBATUR), que fue firmante, no realizó aportación económica), cuando esa evidentemente no era la finalidad de la organización y funcionamiento de los Forums. Además, la afirmación es nuevamente apodíctica, pues carece de todo apoyo probatorio, basándose exclusivamente en la opinión de la recurrente.

. En fin, la recurrente sostiene que la calificación como patrocinio no resulta coherente con el hecho de que las sesiones de los Forums no estuvieran abiertas al público, el cual, a fin de cuentas, sería el financiador de los mismos en su condición de contribuyente. La afirmación peca, como todas las demás, de partir de una premisa errónea como es la de considerar que el proyecto complejo patrocinado tuviera una esencial función participativa popular, al modo

de una feria de acceso libre, cuando esa nunca fue una de las características de los Forums proyectados, ni a ella se refieren los Convenios de Colaboración suscritos, que precisamente parten de la consideración contraria, consistente en la selección de los invitados y participantes, bajo la premisa de la capacitación técnica de los mismos.

Sentado el error en que incurre la parte recurrente cuando reprocha a la Sentencia recurrida que califique al negocio jurídico subyacente en los Convenios de Colaboración como un contrato de patrocinio publicitario, procede refutar la calificación alternativa de los mismos que ofrece, que no es otra que la de que los citados Convenios de Colaboración tendrían por objeto, alternativamente, bien el propio de los típicos contratos administrativos de servicios, bien el también típico de los contratos de consultoría y asistencia. Así resulta de la afirmación conclusiva ofrecida (pág. 72 del recurso) en los siguientes términos:

“Estamos, por tanto, ante el objeto típico de un contrato de servicios, bien de un contrato de consultoría y asistencia, tal como aseveraron los citados Peritos de la Intervención General del Estado.”

Esa indefinición calificatoria denuncia en sí misma la ausencia de fundamento de la tesis calificatoria que propone, y por ello el recurso se abstiene de identificar qué concretos servicios o asistencias permitirían sostener las calificaciones alternativas ofrecidas, sabedora la parte recurrente de que no puede concretarlos precisamente porque no son el objeto propio de los Convenios de Colaboración analizados.

Es esclarecedor al respecto lo que la propia Sentencia recurrida afirma sobre la imposibilidad de acudir alternativamente a una contratación de consultoría o asistencia y sucesiva contratación de servicio (es necesario adquirir primero los conocimientos para la organización de un evento antes de poder definir las prestaciones que configuran el mismo y poder después encomendar su ejecución a un tercero) para obtener el resultado perseguido, al señalar al respecto (pág. 508) en afirmación no contradicha de contrario:

“Lo relevante a los efectos de aplicación de la excepción [de aplicación de los principios de publicidad y concurrencia aplicables a los contratos administrativos distintos de los típicos a celebrar por las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público, según la Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas] es que una actuación de patrocinio viene caracterizada por la imposibilidad de ser susceptible de concurrencia contractual si la actividad patrocinada es monopolística, aunque lo sea únicamente desde un punto de vista fáctico. Esta circunstancia, en virtud de los negocios jurídicos examinados, responde esencialmente a la disposición por parte del patrocinado del “know how” exclusivo para el diseño y desarrollo de la actividad patrocinada. Las SSTS de 20 de marzo de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén) y de 8 de junio de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas), disponen que no resultan aplicables a los convenios de colaboración del art.

3.1.d) de la TRLCAP la Disposición Adicional Sexta de la meritada norma.”

En suma, la Sentencia recurrida de contrario sostiene acertadamente la imposibilidad de acudir a una alternativa contratación en publicidad y concurrencia para obtener el resultado de la organización de los Illes Balears Forum tal y como se celebraron, al atribuir al patrocinado la disposición de un “know how” para su celebración con características monopolísticas de facto, de forma que la única manera de conseguir su celebración consistió en el patrocinio del mismo con dicho objeto, esto es, en sponsorizar al titular del “know how” –el Instituto Nóos- para que lo ejecutase adaptándose a las particularidades que el Institut Balear de Turisme (IBATUR) y la Fundació per al Suport i la Promoció de l’Esport Balear “Illesport” pudieran trasladarle. La parte recurrente sólo podría haber discutido válidamente la conclusión de la Sentencia que hemos transcrito si hubiera acreditado la disposición de ese “know how” por terceros, pero esa prueba brilla también por su ausencia, y no por otra razón que la de que dicho “know how” no es público y sigue perteneciendo en exclusiva a la entidad patrocinada (no consta que nadie haya organizado certámenes o congresos con el mismo o semejante objeto y similar asistencia).

Una última cuestión procede rebatir respecto de la tesis sostenida por la recurrente sobre la base de la errónea calificación mantenida por la misma para los Convenios de Colaboración, que sería la sempiterna referencia al incumplimiento de las exigencias de los principios de publicidad y concurrencia a los que supuestamente deberían haberse sujetado el Institut Balear de Turisme

(IBATUR) y la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" para celebrar aquéllos.

La parte recurrente pretende encontrar el soporte a esa supuesta exigencia en los artículos 11 y 210 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El primero se refiere a los principios generales que han de regir los contratos regulados en la propia Ley, y el segundo a los supuestos legales en que resultaba admisible el procedimiento negociado sin publicidad. Ni uno ni otro precepto convienen al supuesto examinado, pues presuponen que los negocios analizados constituyan contratos sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando los Convenios de Colaboración, como reconoce explícitamente la Sentencia recurrida de contrario en el párrafo antes transcrito, resultan excluidos, por mor del artículo 3.1.d) del propio Texto Refundido, de su ámbito de regulación, y, por ende, del régimen de los artículos 11 y 210 del mismo.

Como señalamos en nuestro propio Recurso contra la Sentencia de instancia, las exigencias de publicidad y concurrencia resultan contradictorias con la afirmación -que la propia Sentencia sostiene- de que el patrocinado dispusiera del "know how" exclusivo para el diseño y desarrollo de la actividad patrocinada, pues tal es el supuesto que la propia Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla como incompatible con dichos principios por la propia naturaleza de la operación, y ello sin tener en cuenta, como aquélla también reconoce, que al tratarse de Convenios de Colaboración del artículo 3.1.d) del propio Texto Refundido, resultan

excluidos de la aplicación de la Disposición Adicional Sexta del mismo, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se cita, reconoce explícitamente.

Item más, no es dable sostener la aplicación de dichos principios –como erróneamente sostiene reiteradamente la Sentencia de instancia (págs. 305, 309 y 310, 329 y 560) en la consideración de la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear “Illesport” como fundación del sector público, a la que, en consecuencia, proclama aplicables el artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta de la TRLCAP en la redacción de los mismos dada por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que introdujo por primera vez a tal clase de fundaciones en el marco de lo regulado en cada uno de dichos preceptos.

De entrada esa consideración parece contradictoria de la sostenida por la propia Sentencia en otro lugar (pág. 610) acerca de que el sometimiento de dicha Fundación a los citados preceptos sólo podría predicarse a partir del 1 de enero de 2007, esto es, en fecha posterior a la suscripción del Convenio de 17 de septiembre de 2006, por mor de la redacción dada a ambos preceptos por la Disposición Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, que introduce en los mismos la figura omnicomprendiva de las “entidades de derecho privado” –dentro de la cual cabe incluir a las fundaciones de Derecho Privado- como sujetas a su ámbito de aplicación.

Pues bien, la justificación de la Sentencia en este punto es la de que la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" debe considerarse fundación del sector público por aplicación supletoria de los artículos 44 y siguientes (Capítulo XI) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, Ley que estatuyó por primera vez la categoría de las Fundaciones del sector público estatal, considerando como tales a aquéllas fundaciones en que, o bien se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o bien su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Esa Ley también declara que a dichas fundaciones les resulta aplicable exactamente el mismo régimen de contratación previsto en la Disposición Adicional Sexta de la TRLCAP (artículo 46.5).

Es claro que la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" no pertenece a la categoría regulada por la Ley 50/2002 (Fundaciones del sector público estatal), porque ni la Administración General del Estado ni ninguno de sus organismos de su sector público intervinieron en su constitución (Real Decreto 101/1996, de 26 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma Illes Balears en materia de fundaciones). También es evidente que el precepto invocado en la Sentencia para justificar la aplicación del régimen de la Disposición Adicional 6ª del TRLCAP a dicha Fundación (artículo 46.5 de la Ley 50/2002) no tiene carácter de legislación básica ni resulta de aplicación general, predicándose explícitamente de

aplicación exclusiva a las fundaciones de competencia estatal (así lo proclama la Disposición Final Primera.4 de la Ley 50/2002), entre las que no figuraba la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport".

También es cierto que a la fecha de los hechos la categoría de las fundaciones del sector público no había sido definida en ninguna norma estatal que tuviera carácter de general aplicación o que fuera básica, de tal forma que las Comunidades Autónomas tuvieran la obligación de asumirla como propia y aplicarla a sus propios organismos fundacionales, y que esa obligación sólo podía haber derivado en dicho momento para aquéllas de la necesidad de transposición del Derecho Comunitario Derivado, cuya exigibilidad, en el ámbito competencial de cada Comunidad Autónoma, correspondía a la misma.

El hecho es que la Comunidad Autónoma Illes Balears no transpuso la normativa comunitaria derivada en la materia hasta la Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector Público instrumental de les Illes Balears, cuyo artículo 55 creó la figura de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears, de forma que sólo desde su entrada en vigor puede válidamente proclamarse que la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" fuese una fundación del sector público, concretamente del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears.

Aplicar, en consecuencia, el artículo 2.1 y la Disposición Adicional 6ª de la TRLCAP a la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport", bajo la consideración de que la misma debería, a fecha de 17 de

septiembre de 2006, considerarse una fundación del sector público, cuando ni la legislación de la Comunidad Autónoma ni los Estatutos de la misma así lo proclamaban, sería tanto como oponer a los particulares la legislación comunitaria derivada no transpuesta, lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha declarado que no resulta conforme a Derecho, pues el Derecho Comunitario derivado susceptible de transposición (Directivas) pero no efectiva o correctamente transpuesto al Derecho interno, no resulta oponible por efecto directo a los operadores jurídicos particulares ajenos al mundo del Derecho Comunitario ni tampoco les resulta exigible judicialmente, especialmente a efectos penales, pues a nichos operadores les resulta exclusivamente oponible y exigible el citado Derecho interno no adaptado, por mor del alcance del artículo 249 (antiguo artículo 149) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su versión consolidada resultante del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (Instrumento de 23 de diciembre de 1998) (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1998 (caso c-347/96 Solred Sa contra Administración General del Estado), de 2 de diciembre de 1997 (caso C-188/95 Fantask y otros) y de 23 de febrero de 1994 (caso C-236/92 Comitato de coordinamento per la difusa Della Cava y otros contra Regione Lombardia y otros)).

CUARTO.- En lo que se refiere al **Recurso del MINISTERIO FISCAL (identificado como número 12):**

a) Se solicita respetuosamente la IMPUGNACION de los siguientes:

- Motivo PRIMERO: inexistencia de malversación agravada, como de la propia malversación simple..... Podría partirse de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en el Auto del Tribunal Supremo d 29 de enero del 2.016 (RJ-2016/439), que rechaza la existencia de los delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos.

El Ministerio Público para fundamentar su petición de agravación de condena por malversación agravada (permítasenos el juego de palabras) se aferra a la existencia, según su parecer, de la existencia o causación de un daño a entorpecimiento al servicio público (además de la cuantificación de las cantidades supuestamente sustraídas).

Pues bien, debe manifestarse aquí y ahora, que a lo largo del Plenario, ninguna prueba se propuso ni se practicó a fin de poder acreditar tal daño o entorpecimiento causado al servicio público.

En cuanto al tema de la cuantificación de las cantidades presuntamente sustraídas el criterio jurisprudencial de esta Sala, ha ido oscilando a lo largo del tiempo, siendo en el presente caso, la suma de –445.000.- Euros más la de –150.000.- Euros que es de –595.000.- Euros, según la Sentencia de Instancia, cantidad ésta que ha quedado debidamente justificado su empleo gracias a los documentos aportados por la Representación Procesal de

Dn. Diego Torres, que de manera sumaria, se identifican a continuación con la finalidad de facilitar la labor enjuiciadora de esta Excma. Sala:

- a) Folios 38.553, 38.510, 38.511 al 38.538, Informes enviados al Govern Balear.
 - b) Anexo 40, tareas previstas para el Observatorio y el Plan estratégico (15 actividades) .
 - c) Folio 14/165 y 14/166 Bloque Documental 2: problemas de liquidez del Govern Balear para hacer frente a las Facturas emitidas por el I. NOOS.
 - d) Folio 38.387: constitución el Comité Científico del I. NOOS
 - e) Folios 38.399 a 38.474 diálogo con distintas industrias turísticas deportivas y los responsables de Baleares.
 - f) 38.55 al 38.566 detalle de las noticias publicadas.
 - g) 37.504 al 37.510 publicaciones del IB FORUM 2006.
 - h) Informe dirigido al Govern Balear: Bloque Documental 2 14/158 al 14&164.
 - i) En cuanto al desarrollo y cumplimiento del Plan Estratégico: 36.508 y 36.509; 40.015, 36.970 a 38.805 (Tomos I a 6 es la Memoria y Folios 1 al 279 del Anexo 40, es el Tomo 7 de la Memoria).
 - j) Folio 42.016 comunicación de la satisfacción de la Fundación Illesport por el trabajo realizado.
 - k) Comunicación de las Conclusiones del Plan Estratégico: Folios 36.996 al 37.003.
- Motivo SEGUNDO: nueva malversación, también agravada por los Foros 2.005 y 2.006:

Centramos la siguiente argumentación crítica en la consideración planteada en el recurso del Ministerio

Fiscal acerca del incumplimiento de diversas exigencias legales para los contratos administrativos en que se habría incurrido, a su juicio, al suscribir la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" y el Institut Balear de Turisme (IBATUR) con la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada los Convenios de Colaboración de 17 de julio de 2005 y el 17 de septiembre de 2006 para la celebración del Illes Balears Forum 2005 y 2006.

- En el recurso del Ministerio Fiscal se sostiene en síntesis que la Sentencia recurrida no tiene en cuenta las diversas previsiones legales para los contratos celebrados por la Administración que a su juicio habrían resultado incumplidas en la celebración de dichos Convenios de Colaboración.

- Para la crítica de tal postura debemos partir de la premisa, ofrecida explícitamente por la propia Sentencia recurrida de contrario, de la doctrina jurisprudencial que se plasma en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 737/2016, de 5 de octubre (pág. 510 de la Sentencia), conforme a la cual ***“la interpretación y la calificación de los contratos es una función encomendada a la Sala de instancia y no puede ser revisada en casación, salvo que resulte ilógica, errónea o irracional (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25.3.95, 17.11.98, 30.4.2002, 4.7.2007)”***.

- Pues bien, la calificación negocial realizada por la Sentencia recurrida de contrario, en cuanto concluye que los negocios celebrados constituyen Convenios de Colaboración que tienen por objeto regular las prestaciones propias de un patrocinio no resulta ni ilógica, ni errónea, ni irracional. El resumen conclusivo de esa calificación negocial realizada por la Sentencia se produce en la página 505 de la Sentencia, cuando la misma señala:

“Consecuentemente con lo expuesto, los negocios jurídicos analizados deben calificarse como proyectos globales de actividades estratégicas en materia de turismo y deporte que la Asociación Instituto Nóos de Investigación Aplicada ha diseñado previamente y desarrollará en el futuro, actividades en que las otras entidades contratantes se limitan a asumir obligaciones de patrocinio como instrumento para condicionar, a medida que se produzcan, su desarrollo mediante su intervención en las mismas.”

- Esa conclusión ofrecida por la Sentencia es, sorprendentemente, compartida por el propio Ministerio Fiscal, pues en su recurso apunta a dicha calificación jurídica cuando (pág. 31), partiendo de la premisa de aceptar la conveniencia u oportunidad de contratar la publicidad de las Islas Baleares como destino propicio para la práctica de deportes, sostiene que las entidades del sector público signantes de los Convenios de Colaboración debieran haberse cuestionado la clase de publicidad que hubiera resultado más conveniente a dicho fin, sosteniendo *“que no necesariamente habría de ser mediante esa exponsorización [la regulada en los Convenios de Colaboración suscritos]”*, lo que es tanto

como reconocer que la esponsorización o patrocinio es el objeto de los mismos, que es precisamente lo que la Sentencia recurrida de contrario viene a concluir.

- En efecto, para sostener la calificación que propone, la Sentencia recurrida se apoya fundamentalmente en la cita de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 781/2007, de 25 de junio (Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) (Ar. 3546), de la que transcribe diversos párrafos, que contempló un negocio jurídico teniendo por objeto la esponsorización por una Administración pública de la celebración de un congreso, señalando al respecto (pág. 506):

“El patrocinio o esponsorización es un negocio jurídico privado bilateral por el que el patrocinador se obliga a entregar al patrocinado una cantidad de dinero para financiar total o parcialmente una actividad lícita propia del giro o tráfico del patrocinado a cambio de que éste se comprometa frente a aquél a desarrollarla con determinadas condiciones o características determinadas por el patrocinador y de su interés.

- ***Precisamente, la propia Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto con ocasión del patrocinio de un congreso por una Administración pública en su Sentencia núm. 781/2007, de 25 de junio (Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) (Ar. 3546), de la que pasamos a reproducir diversos párrafos de su Fundamento de***

Derecho Segundo, por su notoria trascendencia para la cuestión examinada: contrato atípico.

- **“Concretado este marco normativo, y después que aclarar que al tiempo de promoverse el litigio de que trae causa este recurso se hallaba en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Pública –Ley 13/1995, de 18 de mayo- se ha de excluir que el contrato celebrado por las partes constituya una categoría contractual típica, habida cuenta de su objeto. No se trata de un contrato de obras, de gestión de servicios públicos o de suministro; tampoco es un contrato de consultoría o de asistencia, pues falta el rasgo definidor de esta categoría negocial; ni es un contrato de servicios, pues las actividades propias de un patrocinio para la celebración de un Congreso no encajan con las de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga, ni en las de carácter complementario que constituyen el objeto típico de estos contratos, y menos aún en las de mantenimiento, conservación y limpieza, realización de encuestas, programas informáticos o gestión de sistemas de información, analizadas siempre y en todo caso a la luz de la Directiva 94/50, CEE, del Consejo, de 18 de junio [rectius, Directiva 1992/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio], de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios – fundamentalmente, de su Anexo 1-. Y tampoco podría incluirse en la desaparecida categoría de los contratos “de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, pues, precisamente su eliminación por la Ley 53/1999 se**

explica por la posibilidad de considerar que su finalidad podía conseguirse a través del contrato de consultoría y asistencia, de cuya caracterización, por lo tanto, participaban. “

- Esa conclusión calificatoria propuesta por la Sentencia recurrida de contrario tiene, además, la virtualidad de que la misma se ofrece como parte del análisis que la Sentencia realiza (pág. 503 y siguientes) acerca de si los negocios examinados encajan o no en la categoría de los Convenios de Colaboración del artículo 3.1.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción del mismo vigente cuando se suscribieron. La Sentencia trata la cuestión precisamente para enjuiciar si en los negocios analizados concurría o no el elemento objetivo exigido por dicho precepto para los Convenios de Colaboración, pues después de excluir que se tratase del objeto propio de un contrato (administrativo) de servicios, alcanza la conclusión comentada de que su objeto es el propio de un contrato de sponsorship o patrocinio, como tal esencialmente privado y atípico (y, por tanto, excluido de regulación tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como en legislación sectorial relativa a contratos administrativos de dichas Administraciones), lo que es exigencia del artículo 3.1.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para constituirse en objeto de los Convenios de Colaboración que dicho precepto regula, de forma que permite ratificar que los negocios concuerdan, como objeto, a la figura jurídica del Convenio de Colaboración, que es la cuestión que la Sentencia trataba de elucidar.

- Establecida por la Sentencia la calificación de que los negocios examinados responden a la figura de Convenios de Colaboración del artículo 3.1.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la conclusión que subsigue es que los mismos se encuentran, como tales Convenios de Colaboración, excluidos por dicho precepto legal de la regulación de dicha Ley, exclusión que alcanza incluso a la regulación de su Disposición Adicional Sexta (la Sentencia lo proclama explícitamente cuando señala (pág. 508) que **“las SSTS de 20 de marzo de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén) y de 8 de junio de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas), disponen que no resulta aplicable a los convenios de colaboración del artículo 3.1.d) de la TRLCAP la Disposición Adicional 6ª de la meritada norma”**).

- El Recurso del Ministerio Fiscal no ataca dicha argumentación de la Sentencia que recurre, ni argumenta –siquiera mínimamente- en qué pudiera considerarse que la misma resultase ilógica, errónea o irracional, por lo que aquél no tiene eficacia impugnatoria en punto a la calificación ofrecida por la Sentencia recurrida de contrario, que permanece incólume.

- Todos los asertos sostenidos en el recurso del Ministerio Fiscal como reproches a la Sentencia, relativos a incumplimientos de la legislación contractual de las Administraciones Públicas en que supuestamente incurrirían los Convenios de Colaboración enjuiciados, parten precisamente de la premisa de que éstos

consistieran en contratos administrativos sujetos a dicha legislación contractual, lo que supone incurrir en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, esto es, partir de una calificación de los negocios examinados que no es la declarada por la Sentencia recurrida, sin proceder con carácter previo a impugnar la irracionalidad o el carácter ilógico o erróneo de dicha calificación.

- No tiene, pues, sentido, que se afirme en el recurso que las entidades del sector público firmantes de los Convenios de Colaboración prescindieron deliberadamente del procedimiento administrativo para celebrar esos convenios, cuando no existía en nuestro Ordenamiento –y continúa sin existir- regulación sobre los procedimientos para la negociación y celebración de los Convenios de Colaboración, al tiempo que no cabría en ningún caso hablar de procedimientos administrativos, que presuponen actos administrativos, esto es, actos emanados de la Administración sujetos al Derecho Administrativo, cuando el artículo 1 de los Estatutos de la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" de 22 de abril de 2003, proclamaba que se trataba de una Fundación de Derecho Privado sometida a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, cuyos actos, en consecuencia, se sometían al ordenamiento jurídico privado, y el artículo 1.1 del Decreto 6/2004, de 23 de enero, por el que se reorganizó, reestructuró y reguló la empresa pública encargada de la promoción turística de las Illes Balears, es decir, el Institut Balear de Turisme (IBATUR), de conformidad con el artículo 1.b.1 de la Ley 3/1989, de 29 de marzo de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas a la Comunidad

Autónoma de les Illes Balears, proclamaba que su ***“actividad se someterá al ordenamiento jurídico privado”***.

- Otro tanto cabe decir del infundado reproche contenido en el recurso acerca de que las entidades firmantes no observaran la prohibición legal de la contratación verbal por la Administración, pues el mismo supone confundir la conformidad política al proyecto, previa a la suscripción de los Convenios de Colaboración y que no presupone la asunción de obligaciones a cargo de quienes sean futuros patrocinador y patrocinado, con la perfección de dichos convenios, única generadora de obligaciones jurídicas, que sólo se produjo a la firma de los mismos. Los Convenios de Colaboración analizados son –y ello es evidente- negocios jurídicos escritos, de forma que el reproche carezca de toda base legal, y ello sin tener en cuenta que, si los Convenios de Colaboración no se sujetan a la legislación contractual de las Administraciones públicas, difícilmente podían estar sujetos al precepto de dicha legislación, el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que no del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, que aprueba dicho Texto Refundido), que contiene la prescripción del carácter escrito obligatorio para los contratos que celebren las Administraciones públicas.
- Tampoco resulta justificado el reproche de que las entidades del sector público firmantes de los Convenios de Colaboración no plasmaran con carácter previo por escrito ni la calificación atribuida a los indicados negocios para poder determinar el procedimiento

adecuado para celebrarlos, ni tampoco la necesidad y conveniencia de su celebración, porque no existiendo procedimiento administrativo aplicable a entidades actuantes en régimen de Derecho privado que persiguieran celebrar Convenios de Colaboración excluidos de la legislación de contratación de las Administraciones públicas, no debían exteriorizarse ni formalizarse las motivaciones de la celebración sino en el Convenio de Colaboración mismo, pues lo trascendente es que el negocio jurídico a celebrar respondiera a esa categoría, como efectivamente así hace.

- La falta de procedimiento administrativo previo, consustancial a la concertación de Convenios de Colaboración en régimen de Derecho privado, se plasma igualmente en la fijación del importe del patrocinio, que no se rige –frente a lo señalado en el recurso que criticamos- por el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por las razones jurídicas ya reiteradamente apuntadas. Además, no existe importe “de mercado” de un patrocinio, pues no se trata de pagar un servicio –no se trata del precio del mismo- sino de coadyuvar “**total o parcialmente**” (expresión sobre el alcance cuantitativo del importe del patrocinio o esponsorización utilizada por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 427/2002, de 30 de abril (Ponente Excmo, Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz) (Ar. 4038)) a la financiación de la actividad patrocinada o esponsorizada, dependiendo por ello el importe exclusivamente de la voluntad concurrente del patrocinador con la del patrocinado manifestada en el Convenio de Colaboración que suscriban. En todo caso, no se trataba

de determinar un importe del patrocinio acorde con el coste real de los Illes Balears Forums a financiar, pues si así fuera no tendría sentido que el referido importe, además de *“los costes de organización, gestión y logística necesarias para llevar a término el proyecto”* – que vendrían a responder a dicho coste real-, también cubriera *“las contraprestaciones correspondientes a la consideración de la Fundación [Illesport] como organizador”* (cláusula “Presupuesto y formas de pago” del Convenio de Colaboración de 17 de julio de 2005), sino de fijar una aportación de máximo, en el sentido apuntado por la Sentencia recurrida de contrario en sus páginas 509 y 510 al interpretar la cláusula “Patrocinadores de la Cumbre” de dicho Convenio de Colaboración –en interpretación que tampoco resulta eficazmente combatida en el Recurso-, cuando en ellas afirma:

- ***“Ciertamente es que la cantidad de 1.200.000 euros viene determinada en concepto de máximo y que expresamente se estipula que el Instituto Nóos deberá cubrir los gastos que excedan de esta cantidad y que resulten necesarios para el desarrollo de la cumbre a través de las aportaciones que obtenga del patrocinio privado. Pero de ello, en modo alguno puede colegirse (salvo que se pretenda del Tribunal una interpretación contra reo) que las cantidades obtenidas por el Instituto Nóos a través del precitado patrocinio privado debieran detrarse del monto, que en concepto de máximo, había sido prefijado. Tal aseveración la asentamos en el tenor literal del clausulado del convenio del que resulta, con meridiana claridad, que tales ingresos servirán “para completar el presupuesto necesario para el***

adecuado desarrollo de la cumbre” y su finalidad es la de dotar de cobertura al “presupuesto restante”. Obviamente, completar el presupuesto restante equivale a cubrir el exceso de gasto que supere tal cantidad máxima pero en modo alguno la detracción de tal exceso que, en ningún caso, aparece contemplada en el texto del convenio de colaboración que analizamos.” (el subrayado en el original)

- Tampoco resulta cierto el reproche de que no se establecieran garantías para evitar riesgos o especulaciones, pues se pactó un programa de fraccionamiento y aplazamiento de pagos del patrocinio que facilitaba la comprobación por las entidades patrocinadoras de que el patrocinado fuese cumpliendo los trabajos de organización y desarrollo de la cumbre a lo largo del tiempo, impidiendo los pagos si ello no fuera así (En el Convenio de Colaboración de 17 de septiembre de 2006 se pactó, además, que los pagos quedaban supeditados a la aprobación por la comisión evaluadora de la efectiva ejecución de los compromisos asumidos por el organizador (el patrocinado) y que sus desembolsos serían proporcionales a la justificación de los gastos).
- En relación con lo anterior, procede refutar por infundado el reproche sobre la falta de justificación del destino de las cantidades objeto de patrocinio y su correlativa falta de comprobación de su aplicación por las entidades dependientes de la Comunidad de les Illes Balears que suscribieron los Convenios de Colaboración. Por las razones reiteradamente enunciadas, no resultaba de aplicación a los Convenios de Colaboración lo dispuesto

en el artículo 110 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, además, no regulaba ninguna exigencia de justificación de la aplicación de los pagos de la Administración por razón de los contratos administrativos, sino la acreditación del cumplimiento de las prestaciones asumidas por el contratista.

- Por otro lado, la Sentencia recurrida de contrario no se refiere (págs. 508 y 509) a la falta de justificación por el patrocinado del gasto y de aplicación de los fondos a los eventos, como incorrectamente entiende el recurso al que nos oponemos, sino a la falta de justificación por parte de las entidades suscriptoras de los Convenios de la aplicación de fondos a los eventos para poder suscribir los mismos (falta de intervención financiera). En todo caso, conviene señalar que esa justificación del gasto con carácter previo a la suscripción de los Convenios no estaba regulada –y en esto yerra la Sentencia- pues la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear “Illesport”, única de las dos entidades del sector público firmantes que dispuso de sus recursos para los patrocinios pactados, no estaba sujeta a fiscalización previa de los negocios que celebrara, dada su condición legal de Fundación de Derecho Privado. Sólo a partir de que dicha Fundación adquirió la condición legal de Fundación del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears gracias a la entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector Público instrumental de les Illes Balears, cuyo artículo 55 creó precisamente la figura de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears. Dicha Ley dio lugar a la aprobación del Decreto Ley autonómico 5/2011, de 29 de agosto, que modificó el

Texto Refundido de la Ley de Finanzas de la Comunidad Autónoma Illes Balears aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, para incluir en dicho Texto Refundido a las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears, que anteriormente no estaban sujetas a él, incluyéndolas así, por primera vez, en el régimen financiero de la Comunidad Autónoma, de forma que en virtud de dicho Decreto Ley autonómico los actos de dicha Fundación pasaron por primera vez a ser objeto de fiscalización financiera. Ahora bien, si a partir de 2011 los actos de dicha Fundación han pasado a ser fiscalizados, dicha fiscalización no se ha configurado como fiscalización previa, sino como sujeción a control financiero y a auditoría pública (artículos 86.2 y siguientes del Texto Refundido), actividades de fiscalización realizadas en ambos casos “a posteriori” de los actos fiscalizados. En suma, los Convenios de Colaboración no fueron fiscalizados (no se intervino financieramente el gasto con carácter previo a su celebración) porque los actos de la Fundación no estaban sometidos a intervención previa, y ni siquiera a fiscalización “a posteriori”, que sólo se ha introducido –esta última- a partir de 2011. Así lo demuestra que la Sindicatura de Cuentas de les Illes Balears no objetara los Convenios de Colaboración ni los patrocinios previstos en ellos, puesto que la actividad de la Fundació “Illesport” era ajena a su campo de actuación hasta 2011.

- Volviendo a la crítica del recurso, para analizar la eventual exigencia de justificación de gastos a cargo del patrocinado cuyo incumplimiento se le reprocha debe atenderse a lo previsto en los propios Convenios de Colaboración pues, por ausencia de toda regulación normativa de los mismos, deberá necesariamente

estarse en exclusiva a lo que en éstos se disponga al respecto. Pues bien, en el Convenio de Colaboración de 17 de septiembre de 2006 la justificación se exigió exclusivamente para que los desembolsos de las cantidades en que se fraccionó el importe patrocinado se ajustaran *“de forma proporcional”*, que no coincidente, a los gastos previstos por el organizador patrocinado a medida que éstos tenían lugar (cláusula “Duración de la colaboración y presupuesto”). Por eso, la verdadera justificación exigida convencionalmente no afectó a los gastos asumidos por el patrocinado, sino a *“la efectiva ejecución de todos los compromisos asumidos por el organizador, incluyendo la entrega de los correspondientes memorándums y estudios sobre el forum, el plan estratégico y el Observatorio”*. Esto es, la justificación exigida en los Convenios afectó a la realización efectiva de las actividades patrocinadas, no a los concretos gastos generados para la ejecución de las mismas.

- Un último reproche formulado en el Recurso merece nuestra crítica. Se trata de la afirmación conforme a la cual los Convenios de Colaboración habrían conculcado los principios de publicidad y concurrencia que rigen y vertebran la contratación pública.
- De entrada, conviene señalar que la Sentencia recurrida de contrario no funda el reproche consistente en que la celebración de los Convenios de Colaboración examinados habría contravenido dichos principios en considerar que los mismos eran exigidos en el caso por la legislación de contratación pública –ya hemos visto que la Sentencia sostiene que se trata de Convenios de Colaboración del artículo 3.1.d) del Texto Refundido de

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como tales excluidos de la aplicación de la legislación contractual pública que exigía la observancia de dichos principios-, sino en la supuesta aplicación a aquellos de lo previsto al respecto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que la Sentencia reputa de aplicación supletoria a la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" en tanto que Fundación constituida y regida por la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Por lo tanto, el recurso del Ministerio Fiscal yerra en el sostén legal del reproche, ya que no justifica el porqué la Sentencia se habría equivocado en este punto.

- Ahora bien, fue esta representación la que sostuvo argumentalmente en nuestro recurso contra la Sentencia que ésta erraba en esta cuestión, pero en sentido diametralmente opuesto al sostenido en el recurso que impugnamos. En efecto, no es dable sostener la aplicación de dichos principios –como erróneamente sostiene reiteradamente la Sentencia de instancia (págs. 305, 309 y 310, 329 y 560)- en la consideración de la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" como fundación del sector público, a la que la Sentencia proclama, en consecuencia, aplicables el artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta de la TRLCAP en la redacción de los mismos dada por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que introdujo por primera vez a tal clase de fundaciones en el marco de lo regulado en cada uno de dichos preceptos.

- De entrada esa consideración parece contradictoria de la sostenida por la propia Sentencia en otro lugar (pág. 610) acerca de que el sometimiento de dicha Fundación a los citados preceptos sólo podría predicarse a partir del 1 de enero de 2007, esto es, en fecha posterior a la suscripción del Convenio de 17 de septiembre de 2006, por mor de la redacción dada a ambos preceptos por la Disposición Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, que introduce en los mismos la figura omnicomprendiva de las “entidades de derecho privado” –dentro de la cual cabe incluir a las fundaciones de Derecho Privado, categoría a la que pertenecía la Fundació per a la Promoció i Suport de l’Esport “Illesport” al tiempo de la suscripción de los Convenios de Colaboración- como sujetas a su ámbito de aplicación.

- Pues bien, la justificación de la Sentencia en este punto es la de que la Fundació per al Suport i la Promoció de l’Esport Balear “Illesport” debe considerarse fundación del sector público por aplicación supletoria de los artículos 44 y siguientes (Capítulo XI) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, Ley que estatuyó por primera vez la categoría de las Fundaciones del sector público estatal, considerando como tales a aquéllas fundaciones en que, o bien se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o bien su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Esa Ley también declara que a dichas

fundaciones les resulta aplicable exactamente el mismo régimen de contratación previsto en la Disposición Adicional Sexta de la TRLCAP (artículo 46.5).

- Es claro que la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" no pertenece a la categoría regulada por la Ley 50/2002 (Fundaciones del sector público estatal), porque ni la Administración General del Estado ni ninguno de sus organismos de su sector público intervinieron en su constitución (Real Decreto 101/1996, de 26 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma Illes Balears en materia de fundaciones). También es evidente que el precepto invocado en la Sentencia para justificar la aplicación del régimen de la Disposición Adicional 6ª del TRLCAP a dicha Fundación (artículo 46.5 de la Ley 50/2002) no tiene carácter de legislación básica ni resulta de aplicación general, predicándose explícitamente de aplicación exclusiva a las fundaciones de competencia estatal (así lo proclama la Disposición Final Primera.4 de la Ley 50/2002), entre las que no figuraba la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport".
- También es cierto que a la fecha de los hechos la categoría de las fundaciones del sector público no había sido definida en ninguna norma estatal que tuviera carácter de general aplicación o que fuera básica, de tal forma que las Comunidades Autónomas tuvieran la obligación de asumirla como propia y aplicarla a sus propios organismos fundacionales, y que esa obligación

sólo podía haber derivado en dicho momento para aquéllas de la necesidad de transposición del Derecho Comunitario Derivado, cuya exigibilidad, en el ámbito competencial de cada Comunidad Autónoma, correspondía a la misma.

- El hecho es que, como ya hemos apuntado antes, la Comunidad Autónoma Illes Balears no transpuso la normativa comunitaria derivada en la materia hasta la Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector Público instrumental de les Illes Balears, cuyo artículo 55 creó la figura de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears, de forma que sólo desde su entrada en vigor puede válidamente proclamarse que la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport" fuese una fundación del sector público, concretamente del sector público de la Comunidad Autónoma Illes Balears.

- Aplicar, en consecuencia, el artículo 2.1 y la Disposición Adicional 6ª de la TRLCAP a la Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear "Illesport", bajo la consideración de que la misma debería, a fecha de 17 de septiembre de 2006, considerarse una fundación del sector público, cuando ni la legislación de la Comunidad Autónoma ni los Estatutos de la misma así lo proclamaban, sería tanto como oponer a los particulares la legislación comunitaria derivada no transpuesta, lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha declarado que no resulta conforme a Derecho, pues el Derecho Comunitario derivado susceptible de transposición (Directivas) pero no efectiva

o correctamente transpuesto al Derecho interno, no resulta oponible por efecto directo a los operadores jurídicos particulares ajenos al mundo del Derecho Comunitario ni tampoco les resulta exigible judicialmente, especialmente a efectos penales, pues a nichos operadores les resulta exclusivamente oponible y exigible el citado Derecho interno no adaptado, por mor del alcance del artículo 249 (antiguo artículo 149) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su versión consolidada resultante del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (Instrumento de 23 de diciembre de 1998) (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1998 (caso c-347/96 Solred Sa contra Administración General del Estado), de 2 de diciembre de 1997 (caso C-188/95 Fantask y otros) y de 23 de febrero de 1994 (caso C-236/92 Comitato de coordinamento per la difusa Della Cava y otros contra Regione Lombardia y otros)).

- Item más, como ya hemos tenido ocasión de señalar, es la propia Sentencia recurrida la que proclama que la Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no era aplicable a los Convenios de Colaboración, citando expresamente a tal efecto que **“las SSTs de 20 de marzo de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén) y de 8 de junio de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas), disponen que no resulta aplicable a los convenios de colaboración del artículo 3.1.d) de la TRLCAP la Disposición Adicional 6ª de la meritada norma”** (pág. 508), de forma que no puede sostenerse su aplicación

en el caso como sostén de la supuesta exigencia de publicidad y concurrencia en la celebración de los Convenios de Colaboración examinados, aunque fueran celebrados por una fundación del sector público, que no es el caso.

- En fin, es esclarecedor al respecto (la imposibilidad de aplicar los principios de publicidad y concurrencia en el caso) lo que la propia Sentencia recurrida afirma sobre la imposibilidad de acudir alternativamente a una contratación de consultoría o asistencia y sucesiva contratación de servicio (es necesario adquirir primero los conocimientos para la organización de un evento antes de poder definir las prestaciones que configuran el mismo y poder después encomendar su ejecución a un tercero) para obtener el mismo resultado perseguido con la celebración de los Convenios de Colaboración suscritos, al señalar al respecto (pág. 508) en afirmación no contradicha de contrario:

- ***“Lo relevante a los efectos de aplicación de la excepción [de aplicación de los principios de publicidad y concurrencia aplicables a los contratos administrativos distintos de los típicos a celebrar por las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público, según la Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas] es que una actuación de patrocinio viene caracterizada por la imposibilidad de ser susceptible de concurrencia contractual si la actividad patrocinada es monopolística, aunque lo***

sea únicamente desde un punto de vista fáctico. Esta circunstancia, en virtud de los negocios jurídicos examinados, responde esencialmente a la disposición por parte del patrocinado del “know how” exclusivo para el diseño y desarrollo de la actividad patrocinada. Las SSTS de 20 de marzo de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén) y de 8 de junio de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas), disponen que no resultan aplicables a los convenios de colaboración del art. 3.1.d) de la TRLCAP la Disposición Adicional Sexta de la meritada norma.”

- En suma, la Sentencia recurrida de contrario sostiene acertadamente la imposibilidad de acudir a una alternativa contratación en publicidad y concurrencia para obtener el resultado de la organización de los Illes Balears Forum tal y como se celebraron, al atribuir al patrocinado la disposición de un “know how” para su celebración con características monopolísticas de facto, de forma que la única manera de conseguir su celebración consistió en el patrocinio del mismo con dicho objeto, esto es, en esponsorizar al titular del “know how” –el Instituto Nóos- para que lo ejecutase adaptándose a las particularidades que el Institut Balear de Turisme (IBATUR) y la Fundació per al Suport i la Promoció de l’Esport Balear “Illesport” pudieran trasladarle. La parte recurrente sólo podría haber discutido válidamente la conclusión de la Sentencia que hemos transcrito si hubiera acreditado la disposición de ese “know how” por terceros, pero esa prueba brilla también por su ausencia, y no por otra razón que la de que dicho “know how” no es público y sigue perteneciendo en exclusiva a la entidad patrocinada (no

consta que nadie haya organizado certámenes o congresos con el mismo o semejante objeto y similar asistencia).

El dinero percibido por la organización de ambos Foros, 2.005 y 2.006, fue legalmente obtenido y aplicado, a pesar de lo suplicado por el Ministerio Fiscal, en el Motivo Segundo, correlativo.

Sin embargo, en la página 31 de su Recurso, afirma la aceptación del “..interés u oportunidad de contratar la publicidad de las Islas como destino propicio para la práctica de deportes..”. Este es pues, un buen punto de partida: el Govern Balear tenía interés en esta materia. Nunca fue un capricho o la satisfacción de ansias personales ni aceptar veleidades. Se consideró, ya de entrada, algo útil e interesante para el conjunto de les Illes Balears.

Los importes recibidos por el I.NOOS fueron finalmente justificados con el sinfín de documentos aportados por la Representación Procesal de Dn. Diego Torres y otros, al inicio de las sesiones del Juicio Oral, concretamente el 11 de enero del 2.016.

Documentos, que, se repite, no fueron impugnados por ninguna de las Acusaciones, Pública Particular y Popular.

Deben mencionarse, entre dichos Documentos, los siguientes:

- a) Los del IB FORUM 2.005: Folios 35.661 al 36.969 (1.308 páginas de Informes...).

b) Los del IB FORUM 2.006: Folios 36.970 al 38.805 (1.835 páginas...).

- Motivos TERCERO (Valencia), SEXTO (prevaricación Valencia) y SEPTIMO (Falsedad Valencia), no afectan a esta Parte por referirse a otras personas.

Si bien resulta necesario, pararse en el inicio del **MOTIVO SEXTO** , concretamente en el tercer párrafo de la página 46 del Recurso del Ministerio Fiscal, que reza textualmente, como sigue:

“Por el contrario carece de practicidad el motivo por delito continuado de prevaricación respecto de los Sres. Urdangarín y Torres, precisamente como consecuencia de la calificación formulada por el Fiscal en la instancia y la condena por delito continuado de prevaricación en concurso con falsedad también continuado y malversación en el supuesto de Baleares, obviamente, en su participación como extranei. En lo que abunda los hechos que se declaran probados cuyo tenor no resulta de igual modo concluyente en la delimitación de la intervención instigadora de los citados acusados”.

En buena hermenéutica esto significa que el Fiscal rechaza mantener la acusación contra el Sr. Urdangarín y el Sr. Torres por los delitos indicados en lo que concierne a los tres Foros de Valencia, por carecer de “practicidad” y sí los mantiene e incluso pide su agravación por los dos Foros de Baleares.

- Motivo CUARTO: petición de MULTA por el delito de tráfico de influencias, cuando el M. Fiscal nunca ha acusado por dicho Delito haciéndolo sólo la Acusación Popular.

Entiende, respetuosamente esta parte, que el Ministerio Fiscal no debería solicitar dicha pena, por tratarse de un delito sobre el que nunca ha formulado acusación.

- Motivo QUINTO: ataca la condena por Fraude atenuado y considera que se trata de una Fraude simple con petición de más pena.

El Ministerio Fiscal, realiza una interpretación extensiva, contra reo de la Norma, que considera esta parte que debería quedarle vedada en Casación, ya que no ha tenido oportunidad de ser discutida en el Plenario, al no haber sido introducida a la hora de efectuar siquiera sus Conclusiones definitivas, vulnerándose el derecho de defensa y contradicción que asistiría a las Defensas.

QUINTO.- En lo que afecta al RECURSO DE LA ABOGACIA DEL ESTADO:

- a) Se impugna por lo siguiente:

En aras de la brevedad procesal, en lo que se refiere al presente Motivo, deben recordarse cuantas Alegaciones y argumentos jurídicos fueron ya vertidos en el Escrito de Casación de esta Parte, concretamente los invocados en

las páginas 179 a 216, contenidas en el Motivo Décimo (X) de nuestro Recurso casacional.

Sin embargo, y de manera concreta y complementaria en relación con el ahora, único Motivo alegado por la Abogacía del Estado, en su Recurso de Casación de fecha 14 de junio del 2.017, debe alegarse lo siguiente:

- En algo tan aparentemente sencillo, como sería determinar, de manera clara, inamovible e inequívoca la cuota definitiva que se pretende aplicar al Sr. Urdangarín correspondiente al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, en los Ejercicios fiscales 2.007 y 2.008, el que se incorpora al Recurso de Casación, en la página 10 del mismo, es el cuarto o quinto cálculo que ha efectuado, hasta el momento, la Agencia Tributaria, distinto de todos los anteriores: --174.575,07 Euros para el año 2.007; --152.350,69 Euros, para el 2.008. Suponiendo que fuera cierto, mal se puede defender el obligado tributario, acusado penalmente, cuando no es hasta la formulación del Recurso de Casación (en el Plenario ya se modificó dos veces y la Sentencia de Instancia recoge otros importes: --129.739,19 Euros para el año 2.007 y --126.537,65 Euros, para el 2.008), cuando quien pretende su acusación por infracción tributaria superior a la cuota mínima delictiva de sobrepasar el umbral de los --120.000.- Euros, y por ende de delito fiscal, de manera sucesiva va ofreciendo distintas cuotas, de manera que resultan provisionales hasta la que parece sus definitivas con la presentación del Recurso de Casación. En esta situación, sólo cabe y resulta obligado invocar la vulneración del principio acusatorio y en consecuencia el derecho constitucional

de defensa. Es cierto que el delito fiscal es un delito “en blanco” y que depende de la acreditación de las infracciones tributarias subsiguientes, pero que la Agencia Tributaria pueda definir y concretar la cuota supuestamente infringida, en el momento procesal que más le convenga o que se sienta capaz de fundamentar, debe quedar proscrito por la Jurisdicción Penal a la que se ha acogido y a la que debe quedar sujeta, en todo momento, e instancia procesal.

- La Sala de Instancia ha considerado en su Sentencia que dos Facturas emitidas por la Entidad “LOBBY COMUNICACIÓN, S.L.”, por importes de –296.666,66 Euros (año 2.007) y –96.666,66 Euros (año 2.008), son (a diferencia del criterio que mantenía la Abogacía del Estado-Agencia Tributaria) verdaderas y válidas, y por tanto no son falsas. Ambas fueron emitidas contra pagadas por el I.NOOS.
- El Tribunal de Instancia siguiendo el alambicado criterio mantenido por la propia Agencia Tributaria en sus Informes de Avance (ver al efecto Folios 19.316 y siguientes de la Causa, de fecha 18 de junio del 2.013), concluye que la tributación realizada por el impuesto de sociedades relativo a I.NOOS correspondiente a los Ejercicios 2.007 y 2.008, son meros rendimientos obtenidos por el Sr. Urdangarín y su socio: teoría de “las Sociedades de segundo nivel”.
- La Abogacía del Estado sostiene que lo que ha dicho la Agencia Tributaria es que el Sr. Urdangarín y su socio se repartieron, sólo los Clientes, pero no sus ingresos. No sólo la Sala de Instancia no comparte tal afirmación sino que sostiene que ambos socios decidieron ir al 50% en

su Proyectos de futuro, como recoge el Folio 19.320, repartiéndose, según afirma la Agencia Tributaria al dar especial relevancia al mail incorporado al propio Folio 19.319 de la Causa, sus beneficios al 50%, por mitades entre ambos.

- Ante esta situación, la Sala de Instancia se limita a corregir, los cálculos indebidamente efectuados por la Agencia Tributaria y por ende por la Abogacía del Estado en sus Conclusiones definitivas, al no haber incorporado las dos Facturas, ahora válidas de “Lobby Comunicación, S.L”, que a pesar de haberse emitido contra y pagado por el I.NOOS, con la peculiar teoría de las “Sociedades de Segundo nivel”, se incorporan como gasto, no a “AIZOON, S.L.” o a las varias Sociedades del Sr. Torres, sino directamente a sus respectivas rentas como personas físicas. Esta actuación del Tribunal de Instancia, es consecuente con las teorías de la Agencia Tributaria para conseguir atribuir cuotas superiores al umbral de los –120.000.- Euros, a fin de que “aparezcan, surjan” sendos delitos: si se les atribuyen los ingresos del I.NOOS, años 2.007 y 2.008, a ambos socios como personas físicas, se les deben descontar también los gastos, y entre ellos y en la Sentencia de Instancia, no antes, las dos Facturas de “Lobby Comunicación”, haciendo que las nuevas cuotas, según Sentencia, bajen, en el caso del Sr. Urdangarín a los –129.739,19 Euros (año 2.007) –126.537,65 Euros (año 2.008) , en vez de los ahora propuestos (al parecer, definitivamente) por la Abogacía del Estado de –174.575,05 Euros (año 2.007) y –152.350,69 Euros (año 2.008).

En cualquier caso, y como se ha argumentado al inicio de la impugnación del presente Motivo Casacional, lo fundamental es la total inexistencia de delitos fiscales, ya que ni en el año 2.007 ni en el año 2.008, con la aplicación de las retenciones que no fueron efectuadas por aquellos que legalmente resultaban obligados, al aplicarse a mi Mandante la normativa del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y no la del Impuesto de Sociedades, al considerar que “AIZOON, S.L.”, dejaba de existir a efectos tributarios y que los ingresos y gastos todos se imputaban a la persona física, desaparecía cualquier cuota tributaria que por tributo y año, fuera superior al umbral delictivo de los – 120.000.- Euros.

Lo alegado en relación al Motivo, ahora único, del Recurso de Casación de la Abogacía del Estado, que impugna esta Defensa, es un plus argumentativo a fin de poder facilitar a la Excmá. Sala del Tribunal Supremo, las varias interpretaciones, y fundamentaciones que se han venido sosteniendo por sendos delitos fiscales contra mi Mandante: las de la Agencia Tributaria, las diversas de la Abogacía del Estado, las de la Sala de Instancia, por no mencionar las del propio Magistrado Instructor.

Determinar con precisión, exactitud, solvencia e inamovilidad en el tiempo de lo que se considere una clara, palmaria e indubitada infracción tributaria, debería resultar, más claro y sencillo, a fin de que la Defensa, conocida tal precisión, pudiera contraargumentar lo que considerara conveniente en defensa de los intereses del obligado tributario, sin necesidad de perseguir cuál es el criterio, y por tanto, el importe, definitivo.

Es cierto que a lo largo del Proceso, la Agencia Tributaria en sus distintos Informes de Avance ha ido creando diversas teorías, cálculos, escenarios tributarios, con la finalidad de poder atribuir delito fiscal contra el Sr. Urdangarín, pero en Sede Penal, la acusación debe ser siempre clara y precisa, porque en caso contrario, se está causando una clara e irremediable indefensión

SEXTO.- Nada que manifestar en cuanto al **Recurso de Casación de la ACUSACION POPULAR.**

SEPTIMO.- Por último en lo referido al **Recurso de la ABOGACIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA:**

- a) Se pide respetuosamente su INADMISIÓN, porque:
- Si bien afirma que se adhiere, en su condición de Actor Civil, al Recurso de Casación del Ministerio Fiscal, ello no es cierto ya que en la página 50 de su Recurso considera erróneamente como Acusados a mi Mandante y al Sr. Diego Torres por los Valencia Summits, cuando han sido expresamente absueltos en la Sentencia de Instancia y además el Ministerio Fiscal no recurre dicha absolución. Tal dislate pudiera ser debido a que la fecha del Recurso Casación de la Abogacía de la Generalitat Valenciana es del 6 de junio del 2.017 y el del Ministerio Fiscal, es del 3 de julio del 2.017, por tanto casi un mes después, por lo que difícilmente la Abogacía de la Generalitat Valenciana desconocía plenamente el contenido del Recurso de Casación del Ministerio Fiscal,

por lo que su “adhesión” no deja de ser un “mero brindis al sol”, una quimera.

- Y además en la página 55 de su Recurso pretende atribuir Responsabilidad Civil, derivada de la penal a mi Mandante y a Dn. Diego Torres y sus Empresas e incluso a título de partícipe del artículo 122 del Código Penal a persona absuelta por los Summits de Valencia y los Juegos Europeos.

En su virtud,

**A LA EXCMA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
RESPETUOSAMENTE SUPLICO:**

- a) Que tenga por presentado en tiempo y forma el presente Escrito,
- b) Por instruido de los Recursos de Casación interpuestos por la restantes Partes identificados como “ 2 a 9; 10, 11, 12, 13, 14 y 15”,
- c) Por manifestadas las adhesiones a los Recursos
- d) Por impugnadas las admisiones de los Recursos que se mencionan en el cuerpo del presente Escrito, todo ello a los efectos previstos en el artículo 882 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- e) Por acompañadas tantas copias del presente Recurso para ser entregadas al resto de Partes,
- f) Por ratificada la solicitud de celebración de Vista, ya interesada en el Recurso de Casación de esta Parte Recurrente.

En Madrid a diecisiete de noviembre del 2.017



Fdo. Mario Pascual Vives.

Abogado.

Colegiado ICAB nº 11.779.