

INFORME DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA IMPUTACIÓN
DEL MINISTRO PIQUÉ EN EL 'CASO ERCROS'

2.07.01

INTRODUCCIÓN

La voluminosa documentación remitida a la Segunda del Tribunal Supremo, en el marco procesal de la causa especial 510/98, ya advierte acerca de la complejidad de los hechos investigados, Que las indagaciones llevadas a cabo hasta ahora hayan prolongado durante más de siete años y que en la actualidad existan dos frentes judiciales paralelos sobre hechos íntimamente relacionados, son la mejor muestra de las dificultades objetivas que encierra el asunto sometido a consideración y debate de la Junta de Fiscales de Sala.

Para constatar esa complejidad basta reparar, en la existencia de, al menos, siete propuestas de dictamen elaboradas por el Fiscal de Tribunal Supremo adscrito al conocimiento de asunto, desarrolladas en distintos informes, todos ellos con un fondo común, pero también con sustanciales diferencias, tanto en el relato fáctico, como en la calificación jurídica sugerida.

De ahí que, resulte aconsejable la confección de este documento, que no busca, de modo preferente, contradecir la aproximación técnica ya llevada a cabo por otros. Tampoco aspira a neutralizar la fuerza argumental de algunos de los razonamientos contenidos en los distintos *informes-propuestas*. El presente documento se justifica por el deseo de proporcionar a la Junta de Fiscales de Sala un punto de vista complementario al ofrecido por quien ya ha concluido la procedencia de citar en concepto de imputado al aforado Sr, Piqué. La circunstancia de que el Fiscal de Sala Jefe de la correspondiente Sección de la Sala Segunda del Tribunal Supremo discrepe del parecer de su subordinado y de la mayoría de la Junta celebrada el pasado día 19, introduce un dato de singular importancia, obligando a activar las previsiones estatutarias contenidas en los arts. 24 y 14.2 ap. 2 del EOMF, sometiendo la divergencia valorativa al cualificado criterio de la Junta de Fiscales de Sala.

Acaso resulte ocioso insistir en que las conclusiones que se derivan de este documento no prejuzgan la laboriosidad del trabajo llevado a cabo por el Fiscal del Tribunal Supremo a quien inicialmente ha correspondido el dictamen de la causa especial 510/98. De su minuciosidad y capacidad de trabajo hablan por sí solos los exhaustivos documentos e informes incorporados al expediente.

La complejidad técnica ya apuntada impone. sus propias razones a la hora definir las pautas metódicas del presente informe. La abundantísima documentación incorporada, tanto a la causas penales como al archivo obrante en la Fiscalía General del Estado, no facilita la aproximación valorativa a los hechos indagados y su posible calificación jurídica. Incluso, ese flujo de información entrecruzada ha podido contribuir a un cierto desenfoque, hasta el punto de que, en más de una ocasión, se aceptan como probados hechos que, una vez examinada detenidamente la documentación, se desvanecen sin necesidad de grandes esfuerzos argumentales. Si a ello se añaden las entendibles dificultades a la hora de sintetizar actos jurídicos de singular complejidad, se estará en condiciones de concluir la conveniencia de que el presente documento se imponga como cuestión previa analizar en términos críticos algunas proposiciones que, incluso en círculos jurídicos, parecen ir acompañadas de un significado apodíptico.

La importancia de evitar equívocos que, de no ser aclarados, pueden llegar a desplegar una altísima influencia en la aproximación valorativa, así lo aconseja. Algunas de las proposiciones que van a ser objeto de examen harán inevitable una referencia a hechos o a aspectos del proceso penal actualmente en marcha, Pese a todo, se va a intentar que esas obligadas alusiones a temas que van a ser esquemáticamente expuestos más adelante, se limiten a lo estrictamente necesario para hacer entendible uno u otro razonamiento.

La última parte buscará, con la ayuda de unos gráficos, expresar de forma precisa el contenido de algunos de los actos jurídicos que se consideran cobertura de comportamientos delictivos, El informe concluirá con un examen, también expuesto con el apoyo de. un gráfico, de la operación relacionada con la suspensión de pagos de ERCROS y la inclusión en su pasivo de determinadas letras de cambio que fueron creadas a través de la sociedad "FORURIA INVESTMENT". Ello constituye el principal objeto de las DP 2578/96, tramitadas por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona y que fueron elevadas al Tribunal Supremo al estimar que el aforado podía ser responsable de un delito de alzamiento de bienes.

Es cierto que el último de los *informes-propuestas*, a diferencia del criterio seguido en otros anteriores, no pone el acento en estos hechos. Sin embargo, en la medida en que se solicita de la Sala que recabe para sí el conocimiento de las DP 2578/96 de Barcelona, conviene hacer una aproximación valorativa a lo que constituye el objeto de tales diligencias.

De acuerdo con la idea ya expuesta, éstas son, conforme a una ordenación puramente convencional, algunas de las proposiciones que imponen un examen crítico.

El aforado, Sr. Piqué, tuvo una participación muy activa en la venta de ERTOIL, hasta el punto que protocolizó ante Notario el acuerdo de transmisión.

Los documentos existentes en la causa autorizan, justamente, la conclusión contraria. Ni el Sr. Piqué fue uno de los miembros del Comité de Dirección de ERCROS que participaron en las negociaciones, ni suscribió documento alguno de venta.

El Sr. Piqué era, en efecto, Director de Estrategias Corporativas en ERCROS, Como tal, había diseñado años atrás, el Plan Estratégico de la Compañía, plan que, como no podía ser de otro modo, no contemplaba la venta de ERTOIL a través de una sociedad instrumental. Fue, en efecto, nombrado, el día 27 de septiembre de 1989, miembro de la Comisión Ejecutiva de; Consejo de Administración de ERCROS.

Sin embargo, el protagonismo de la venta de ERTOIL -filial escindida de ERCROS- no consta haya recaído, en ningún momento, en el ámbito decisorio del aforado. En principio, esa falta de protagonismo podría deducirse, por sí sola, tanto de la existencia de un Consejero-Delegado -D. Fernando Labad- a quien incumbían las decisiones en el plano financiero, como de otros directivos expresamente comisionados por ERCROS para la venta de la filial¹. Pero no se hace necesario acudir a ningún razonamiento deductivo de carácter indiciario, pues existe plena constancia documental acerca de quiénes llevaron el peso de las negociaciones y quiénes suscribieron el acuerdo de venta de ERTOIL. En el segundo párrafo de la página 18 del informe-propuesta puede leerse:

“Las negociaciones finales se desarrollaron con una gran celeridad entre, los días 4 y 8 de enero de 1991 (...). En ellas intervinieron materialmente, José Luis del Valle, J. Vega, Miguel Guasch y Fernando Labad, miembros los tres últimos de la Comisión Ejecutiva de ERCROS, además de F.J. de la Rosa, A. Guilion y Leblanc por ELF y Nadhmi Auchy y Abid Nasir por GMH. Asimismo Juan José Folchi, abogado externo de ERCROS y en cuyo despacho en la noche del día 8 se llegó a un acuerdo definitivo...”.

Como puede apreciarse, la Comisión Ejecutiva de ERCROS había designado tres miembros sobre quienes recayó la representación de la compañía matriz en la venta de la filial. El Sr, Pique. no estuvo entre los designados y, a la vista de la

¹ El protagonismo del Sr, Labad se desprende, además del contenido de su declaración judicial, prestada el día 12 de febrero de 2001, del propio informe-propuesta pág. 15, segundo párrafo.

documentación existente, careció de participación alguna, tanto en las negociaciones como en el acto formal de suscripción del negocio jurídico de venta.

¿Quiénes suscribieron, pues, el acuerdo de venta de ERTOIL?

Ese contrato de compraventa fue firmado el 9 de enero de 1991, ante el Notario de Barcelona D. Miquel Tarragona Coromina, en representación de ERCROS, por el Sr De la Rosa y en representación de GMH por los Sres Nasir y Auch²

¿Qué clase de documento protocolizó el Sr. Piqué ante Notario?

El Sr. Piqué comparece en Barcelona ante Notario el día 18 de julio de 1991, más de seis meses después de la fecha de la venta de ERTOIL. La legislación española impone a ERCROS poner en conocimiento de la Dirección General de Transacciones Exteriores el valor final de venta de la filial³. Como se razonará infra, una mínima parte del precio de venta de ERTOIL quedó aplazada, incluso en su determinación final, pues quedaba pendiente de la práctica de una auditoría que precisara determinadas cuestiones contables de interés para ambos contratantes. En el momento en que la cantidad se fijó de mutuo acuerdo en 2,800 millones de pts., se suscribió un documento privado.

Ese documento privado, por su propia naturaleza, era inidóneo para la práctica de la comunicación oficial a la Dirección General. Había, pues, que elevarlo a escritura pública. Es entonces cuando el Sr. Piqué -catorce días después de que los verdaderos negociadores de ese documento privado alcanzaran un acuerdo y 6 meses después de la firma por otros del contrato de compraventa de ERCROS- comparece ante fedatario y solicita la protocolización.

Acerca del activo papel que el aforado pudo llegar a tener en ese acuerdo transaccional, resulta bien expresivo el hecho de que el documento privado que se incorporó al protocolo notarial exclusivamente- por los Sres, De la Rosa y Auch, quienes reconocen haber llegado a un pacto "por el que dan por definitivamente finalizadas y finiquitadas, para ahora y para el futuro, las relaciones entre ellos existentes y que se derivan de! Contrato de compraventa de las acciones representativas del 100% del capital social de ERTOIL".

² Vid. párrafo tercero del informe-propuesta. En él puede leerse "...a consecuencia del acuerdo, con fecha 9 de enero se firmó por De la Rosa, Nasir y Auch el contrato de venta de ERTOIL a GMH ..."

³ El documento notarial que refleja el <i>Acta de manifestaciones y protocolización de documento transaccional</i>, fechado el 18 de julio de 1991, recoge en su apartado 10 la siguiente manifestación: "el compareciente me requiere (a mi el Notario) para que envíe oficio a la Dirección General de Transacciones Exteriores comunicando el valor final de la venta".

Como quiera que existen indicios de que el Sr. Piqué conoció, por razón de su cargo en ERCROS, los términos de la venta de ERTOIL, aquél tiene que ser oído en concepto de imputado para que explique -como lo han hecho ya todos- lo que sabe acerca de la utilización de GMH como sociedad instrumental, con fines delictivos, para cobrar comisiones y defraudar a Hacienda

Que el Sr. Piqué tuvo conocimiento de los términos de venta de ERTOIL a GMH, forma parte del sentido común. Todos los miembros del Consejo de Administración de ERCROS lo tuvieron y así ha quedado documentado en distintas actas del Consejo, cuya respectiva fecha el informe-propuesta relata con detalle. Ese conocimiento también se infiere sin esfuerzo del hecho de que entre los antecedentes del documento protocolizado por el Sr. Piqué se hace una referencia a la venta de ERTOIL, fechas atrás, a la entidad GMH. Sin embargo parece fuera de duda que la culpabilidad / inocencia del Sr, Piqué -valga el reduccionismo- no se puede hacer depender de que conociera o no conociera la existencia de una sociedad instrumental luxemburguesa como adquirente de ERTOIL.

En efecto, el supuesto carácter *cuasiclandestino* de la intervención de GMH -así se denominaba la sociedad instrumental- no se corresponde con la realidad. El *informe-propuesta* ve en esa interposición una maniobra concertada de los dirigentes de ERCROS-GMH-ELF-CEPSA para cobrar/pagar comisiones y de paso perjudicar la solvencia de las respectivas sociedades de las que forman parte. No sin cierta contradicción, el propio informe reconoce - en línea con lo expresado por los peritos que su existencia podía justificarse por la necesidad de aliviar las trabas derivadas de la lentitud de las autorizaciones administrativas impuestas por la legislación española, francesa y comunitaria. Bien expresivo de la contradicción apuntada acerca de la finalidad que determinó la intervención de GMH, es el siguiente fragmento, extraído del *informe-propuesta* (pág. 17, último párrafo):

"...ELF necesitaba como sociedad estatal francesa autorizaciones de las autoridades comunitarias, de su país y de España. CEPSA por su parte podría presentar incompatibilidades para la compra derivadas de las normas reguladoras de la competencia. Para sortear los obstáculos F.J. De la Rosa y los directivos reseñados de ELF concertaron a propuesta del primero la intervención de una sociedad instrumental, General Mediterranean Holding, cuyo principal dirigente era Nahmid Auchy y que no tenía intereses en el sector del petróleo. De modo principal pretendían con la colaboración de esta sociedad beneficiarse de parte del precio en forma de comisiones que se repartirían y que no llegarían a la caja de ERCROS".

Llama la atención que la existencia de esa sociedad se considere justificada por razones objetivas y que, sin embargo, a su constatada finalidad se le añada un propósito delictivo que -se dice- filtraba de modo principal la voluntad de algunos. También es llamativo el hecho de que se ponga el acento en que GMH -cuyo capital social era de 100 millones de dólares- no tuviera intereses en el sector del petróleo. Parece conforme a la lógica que si lo que se persigue es eludir obstáculos administrativos, la sociedad instrumental nunca podrá ser competidora de la empresa que, en última instancia va a adquirir la división petrolera. La posibilidad de que ELF -primera empresa petrolífera francesa- y CEPESA -cuya posición en el mercado internacional de petróleo es sobradamente conocida- fueran a confiar una opción de compra sobre ERTOIL a una compañía petrolífera competidora, encerraría una actitud impropia de la habilidad empresarial que ha de suponerse, a los dirigentes encargados de las negociaciones.

La interposición de GMH era un hecho absolutamente conocido por todos, incluso por el entonces Ministro de Industria, D. Claudio Aranzadi que, según se desprende de la causa, llegó a <i>bendecir</i> la operación. Sostener que todo aquél que supo de la intermediación de GMH ha de ser traído a juicio en calidad de imputado para explique lo que sabe acerca del pago de las comisiones y el porqué de esa interposición, multiplicaría el círculo de candidatos a soportar una imputación penal hasta límites inimaginables.

La posibilidad de que GMH, además de para enriquecimiento propio, sirviera para el pago de comisiones a dirigentes políticos, se explica con distinto enfoque en (os respectivos documentos en que se acogen el penúltimo y último *informe-propuesta*).

En el primero de ellos (pág. 30, segundo párrafo) puede leerse:

"Acerca de que pudieran existir comisiones a dirigentes políticos o gubernativos no hay indicios probatorios sino meras sospechas o conjeturas. Así las declaraciones de Vega y De la Rosa sobre contactos telefónicos con el Ministro Aranzadi o las declaraciones de De la Rosa diciendo que Guash intervenía "porque debía informar al Sr. Solchaga"

En el segundo, redactado hace escasamente unos días, se suprimen las menciones <i>nominatím</i> y se expresa esa idea en los siguientes términos (págs. 24, último párrafo y 25, primer párrafo).-

"No hay indicios de momento de que parte del dinero a que aludimos en este relato con destino irregular se haya dedicado al pago de comisiones a dirigentes políticos o gubernativos en España y Francia para lograr las

autorizaciones que exigía la operación de venta de ERTOIL, aunque existen sospechas al respecto y están pendientes diligencias destinadas a esclarecerlo”.

El carácter subrepticio de GMH y su condición de artificio financiero para enriquecer a unos pocos -entre ellos el aforado-, es incompatible con el conocimiento oficial de esa participación instrumental. Al respecto puede ser de especial valor el contenido de algunas de las declaraciones obrantes en la causa.

D. Alfonso Escámez en su declaración en concepto de imputado ante la titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, manifestó lo siguiente, acerca de su reacción cuando se enteró de que la entidad francesa F-LF, había adquirido ERTOIL a una sociedad luxemburguesa llamada GMH:

“...Se enteró por la prensa extranjera que ELF había adquirido ERTOIL a una tal GMH, de la cual no conocía nada el declarante. Esto le causó tal sorpresa que llamó por teléfono al Presidente de ELF, El Sr. Lefloc le dijo que habían tomado esa opción con la idea de hacérselo llegar a CEPSA y nuevamente el declarante le dijo que lo que tenía que hacer era venir a España a explicárselo, y así lo hizo, yendo a visitar al Ministro de Industria Sr. Aranzadi (...) En esa reunión estuvo también presente el declarante. Que a continuación salimos del Ministerio y el propio Lefloc informó al equipo que le, acompañaba pidiendo al declarante que se quedase delante les transmitió lo que había dicho el Sr. Aranzadi, de manera que mientras la participación fuera minoritaria no habría inconveniente”.

El Sr. De Vega Seoane, Presidente del Consejo de Administración de ERTOIL en su declaración en concepto de imputado realizada el día 30 de enero de este mismo año, afirmó lo siguiente:

“...Llamó al Sr. Aranzadi, que era Ministro de Industria, para informarle que había vendido la compañía a GMH y que era un instrumento de ELF. El Sr. Aranzadi le preguntó si se le había dado oportunidad a CEPSA, a lo que contestó que sí pero que la oferta era mucho peor, en torno a los 32 mil millones”.

El Sr. de la Rosa Martí también explica, en su declaración en concepto de imputado, verificada el día 4 de octubre de 20,00, el conocimiento oficial de GMH y los pormenores de su intervención:

“Dada esta afirmación desde el primer día el declarante informó al Ministro de Industria Sr. Aranzadi y a CEPSA que ELF estaba comprando utilizando una sociedad intermediaría llamada GMH, se le dijo al declarante,

siempre por teléfono, que adelante y mantuvo informado al Ministro de todos los avatares, que fueron pocos, de la operación (...). Y por parte de ERCROS: estaba el Sr. Guasch y el declarante, D. Miguel Guasch, porque debía informar al Sr. Solchaga (...). El declarante pidió permiso al presidente de ERCROS, Sr. Vega, por teléfono, eran altas horas de la madrugada, y él se comprometió de informar al ministro Sr. Aranzadi, y le confirmó que era ELF, cosa que no ha dudado nunca (...). Quiere señalar que por parte del Ministro de Industria se le dijo que a igualdad de precio le ofrecieran a CEPSA la oportunidad de comprar ERTOIL (...). Y después de haber informado al Presidente (de ERCROS) y al Ministro de Industria era cerrar la operación lo antes posible, todos con el convencimiento de que era ELF la que compraba a través de GMH (...). Que a la mañana siguiente, a las nueve de la mañana, llamó otra vez al 1 Ministro Sr. Aranzadi, para comentarte esa opción que te parecía al, declarante peligrosa para CEPSA, y le advirtió que todavía estaban a tiempo de tirar para atrás la operación, que el ministro le dijo que no; que para adelante, y (el declarante) se desentendió del tema...”

D. Daniel María de Busturia, en su declaración en concepto de imputado ante la titular del juzgado Central de Instrucción:: núm. 3, realizaba el 13 de marzo de este mismo año, expresó en los siguientes términos las explicaciones que hubo de dar ELF acerca de su negociación con GMH:

"...ELF da explicaciones, estas explicaciones son (...) porque ELF había adquirido un compromiso no jurídico pero sí moral con el Ministerio de Industria ya que se había comprometido a no hacer ninguna otra adquisición en España sin el diálogo previo con el Ministerio...

La idea de una complacencia institucional del más alto nivel, con la utilización de una sociedad interpuesta concebida para provecho de unos pocos, carece de sentido. Incorporar a la interminable cadena de sospechosos a quienes, mediante un visto bueno, tuvieron una participación activa en la operación, está absolutamente injustificado en el actual estado del procedimiento. Y si eso es así -de hecho así parece desprenderse de la falta de citación judicial de alguno de los altos cargos mencionados de forma coincidente en cuatro declaraciones⁴-, todavía resultaría más injustificado traer a juicio a quien nunca ha sido mencionado en ninguna de las declaraciones hasta ahora prestadas por testigos y/o imputados, y a quien, según expresan los documentos incorporados en la causa, no fue designado por ERCROS para participar en la operación de venta de ERTOIL.

El Sr. Piqué es el único miembro de/ Consejo de Administración de ERCROS que no ha sido citado en calidad de imputado. Su no citación ha de interpretarse como una quiebra del principio de igualdad

El Consejo de Administración de ERCROS contaba con un número próximo a los 30 miembros. El Consejo de Administración estaba asistido por una Comisión Ejecutiva y un Comité de Dirección.⁵ En la página 39 -último párrafo, ordinal 6- del informe-propuesta, se da cuenta de cómo los miembros

⁴.-En el último informe-propuesta -pag. 18, segundo párrafo, inciso final- puede leerse lo siguiente: "...Al parecer De la Rosa y Vega comunicaron las circunstancias de la interposición de GMH al entonces Ministro de Industria, Claudio Aranzadi, quien dio verbalmente la autorización a la venta de ERTOIL en estas condiciones, autorización que de haberse producido sería ilegal y al margen de todo procedimiento".

⁵.- Así se desprende de la declaración judicial del Sr. Vega Seoane -Presidente de Ercros-, prestada como testigo con fecha 11 de mayo de 2000. y como tal es reconocido en el informe-propuesta -pag. 39, segundo párrafo,

del Consejo de Administración -entre ellos al aforado- eran concedores cualificados de los términos de la venta: "...en los Consejos de 26-2-91 y 23-4-91 se informa de las negociaciones y contactos y de las características de la operación...".

Según puede leerse en el informe-propuesta -pág. 39, párrafo 2- las facultades de la Comisión eran idénticas a las del Consejo de Administración, conforme se establecía en el art. 20 de los Estatutos de ERCROS. Pues bien, de los 30 miembros del Consejo de Administración de ERCROS -recuérdese, con iguales facultades que la Comisión- no ha declarado más que un reducido grupo de integrantes, sin que conste se haya interesado de la Jueza Instructora la citación judicial de los restantes.

No es el caso, sin embargo, del Sr. Piqué, para el que el informe-propuesta sugiere la citación en concepto de imputado, al estimar existen indicios de que conoció los términos de la venta de ERTOIL a GMH y de ésta a CEPSA a través de ELF.

Esa petición se encuentra en sorprendente contraste con el tratamiento procesal dado a otros directivos de ERCROS. Tal es el caso, por ejemplo, del Sr. Vega de Seoane. Éste era Presidente de ERCROS en el momento de la venta de ERTOIL, intervino de forma directísima en las negociaciones con representantes de GMH y ELF⁶. Sin embargo, fue llamado a presencia judicial en calidad de testigo, a fin de que explicara cuanto supiera acerca de unas negociaciones que protagonizó directamente. Como tal testigo declaró en fecha 11 de mayo de 2000. Casi un año después -el 30 de enero de 2001- fue citado en concepto de imputado.

⁶.-Al decisivo papel de Vega de Seoane se refiere el informe-propuesta en su pág. 18, segundo párrafo.

No ha sido éste un hecho asilado. También se produjo con D. Fernando Benito Maravall. Éste era uno de los más cualificados responsables financieros de CEPSA⁷. Participó en la ejecución de los pagos de CEPSA a GMH, la sociedad luxemburguesa. En sus dos declaraciones judiciales describe con todo lujo de detalles el flujo dinerario que salió de las arcas de CEPSA para ir a parar a la entidad propietaria de ERTOIL. Repárese en la importancia de este hecho, pues es en el pago de ese supuesto sobreprecio fraudulento donde el informe-propuesta detecta buena parte de las conductas delictivas. Pese a todo, el Sr. Benito Maravall fue citado en calidad de testigo y como tal declaró ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 el día 28 de noviembre de 2000. Cuatro días después fue citado en concepto de imputado.

Javier Pera Madrazi, abogado de ERCROS desde 1966 y Secretario del Consejo de Administración desde 1997, también fue citado en calidad de testigo, habiendo prestado declaración con fecha 11 de mayo del pasado año.⁸

En definitiva, si la imputación tiene por fundamento conocer y haber sido informado, muchos son los que conocieron y estuvieron informados. La mayoría de ellos, no sólo no han sido llamados, sino que ni siquiera parece estar prevista su citación. Si la imputación de algunos de los artífices directos de la operación de venta de ERTOIL ha ido precedida por una declaración en calidad de testigo, mal se entiende que el llamamiento judicial de uno de los que conocieron no conceda el beneficio de la duda que, sin embargo, sí fue otorgado a quienes ejecutaron materialmente las órdenes de pago.

⁷.-Así se desprende de las respectivas actas de declaración, prestadas con fecha 28.11.2000 y 13.3.2001.

⁸.-Vid.acta de declaración de Javier Pera de fecha 11 de mayo 2000, último párrafo.

Los peritos han dejado bien claro que en la venta de ERTOIL hubo una operación de ingeniería financiera -la interposición de GMH como sociedad instrumental- puesta al servicio del enriquecimiento de intermediarios y de terceros sin título

Los autos no sólo no autorizan esa conclusión, sino que avalan justamente la contraria.

Con fecha 15 de febrero de 2001, por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 se acuerda la práctica de una prueba pericial, para lo que se designan a dos peritos. El objeto de la pericia consiste en que "...tras los estudios y análisis de la documentación obrante en la causa principalmente por el precio de venta de ERTOIL, indiquen a este Juzgado el seguimiento de tales cantidades, teniendo en cuenta las conclusiones a las que ha llegado el Ministerio Fiscal..."

La importancia de esta prueba es inculcable. Su práctica fue acordada siguiendo el criterio del Tribunal Supremo que, en auto de fecha 11 de abril de 2000, al tiempo que acordaba "no pronunciarse, en este momento, sobre su competencia para conocer de estos hechos", ordenaba del Juzgado Central que determinara el destino dado al precio de venta de ERTOIL, dando cuenta "...del resultado de su investigación sobre el referido particular".

El informe, pericial elaborado por los peritos designados por la jueza instructora concluye en los siguientes términos:

"...Resulta obvio, que la operación de compra de ERTOIL por CEPSA se encarece por el hecho de interponer a GMH. Sin embargo, tal y como ya expusimos anteriormente, dicha decisión de estrategia empresarial podría venir explicada, entre otras razones, por la intención de ELF de introducirse en el mercado español, para evitar obstáculos derivados de la existencia de posibles trabas administrativas emanadas tanto de las autoridades administrativas españolas, francesas o comunitarias, así como por el tiempo transcurrido desde que GMH adquiere ERTOIL (9.1.91) hasta que lo hace CEPSA (26.6.91)".

Ese dictamen de peritos fue objeto de una diligencia de ratificación, llevada a cabo en presencia judicial y con asistencia de las partes personadas el día 23 de marzo del corriente año. A preguntas de S.S^a acerca de los efectos fiscales que podrían derivarse del hecho de la interposición de GMH en la venta de ERTOIL, a saber, en la generación de plusvalías que se habrían eludido en perjuicio del fisco, los peritos informantes se pronuncian en los siguientes términos (diligencia de ratificación, Anexo 2, pág. 1324, primer párrafo):

"...La plusvalía que se genera está partida en dos, una de ERCROS a GMH y la otra que tendría GMH de vender a CEPSA. Si la operación hubiera sido sin la intervención de GMH si no directamente por ELF, esos 5.528. millones hubieran seguido sin tributar en España, los efectos fiscales serían los mismos desde el punto de vista de la Hacienda Pública española".

En el momento en que los peritos informantes fueron interrogados acerca del sobreprecio pagado por CEPSA, fijado en 5.528 millones de pts., aquéllos atribuyeron el significado de parte de la comisión pactada a lo que denominan "prima de inmovilización", por los efectos jurídicos derivados de la opción de compra otorgada a favor de ELF (diligencia de ratificación, pág. 1326):

"...Entienden que esos 5.528 millones pagados por CEPSA deberían corresponder con la suma de 2.200 millones de pesetas en concepto de parte de la comisión o prima inmovilización comprometida por ELF a GMH y 3.328 millones de pesetas, que entienden se debe corresponder con los gastos financieros, y el resto de los gastos inherentes a la operación que CEPSA asume en el momento de la cesión de la opción de compra que tenía ELF".

En otro pasaje de la diligencia de informe pericial (pág. 1327, último párrafo) puede leerse:

“...Preguntado si a la vista de la documentación han detectado alguna evidencia o alguna sospecha de desviación de fondos sociales de ERCROS o de CEPSA en interés de particulares, funcionarios o personas jurídicas, manifiestan que según la documentación obrante en la causa no han podido detectar desviación alguna en los términos que pregunta el Sr. Letrado».

De forma significativa, la diligencia de informe pericial concluye con la siguiente afirmación (pág. 1328, antepenúltimo párrafo):

“...Preguntado si han visto en esta operación algún artificio contable donde los números no se correspondan con el negocio jurídico, manifiestan que como ya se ha dicho en varias ocasiones no se han aportado a la causa contabilidades completas, efectivamente no se ha visto ningún artificio contable y de lo que han visto no han deducido ningún artificio contable”.

Este es el contenido del informe pericial acordado jurisdiccionalmente para indagar lo que constituye el núcleo del comportamiento delictivo atribuido a quienes tomaron parte en la venta de EROTOIL a CEPSA. Sin embargo, esas conclusiones no son aceptadas por el informe-propuesta. En la pág. 34 se insinúa la falta de cualificación de los peritos como causa determinante de sus conclusiones, no coincidentes con las apreciaciones de los técnicos al servicio de las Unidades de Apoyo de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción. La razón fundamental de la discrepancia se basa en el hecho de haber extendido su dictamen a valoraciones de carácter jurídico (pág. 34, párrafo 3). Sin embargo, para cuestionar su perfil técnico se invoca el hecho de que "...no conocen resoluciones administrativas o consultas de la Administración española y francesa (...) y que desconocen la normativa sobre fraude de ley tributario y civil...". Estimar un exceso de valoraciones jurídicas en la pericia y al propio tiempo invocar falta de conocimientos jurídicos como argumento para descalificar sus conclusiones, encierra un contrasentido que no puede pasar desapercibido. La contradicción se hace también visible cuando se analiza el

contenido del último párrafo de la misma página 2 de las citadas Notas: "...los datos objetivos de la pericia son correctos y minuciosos y coinciden con los de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía, pero sus valoraciones son de todo punto improcedentes". Es, pues, la coincidencia con los peritos de la Unidad de Apoyo lo que les atribuye fiabilidad y es su discrepancia con las valoraciones de los peritos de la Unidad de Apoyo lo que determina su inaceptación.

El rechazo al dictamen pericial por parte del informe-propuesta se refuerza en las Notas Complementarias que se anexan al informe y que han sido elaboradas por el Fiscal encargado del despacho del asunto. En su pág. 2, tercer párrafo, se proclaman las sospechas de una maniobra tendente a favorecer a algunos de los imputados. "...Da la impresión -razona el Fiscal- de que hay una estrategia exculpatoria preparada, pues la pericia surge tras el informe del Ministerio Fiscal de 10 de enero de 1991 que contiene elementos incriminatorios rotundos sobre la operación de venta de ERTOIL y se dirige desde el principio a desvirtuarlos". Otro razonamiento, en el mismo tono crítico, añade preocupación a la tesis insinuada: "...Debe resaltarse la coincidencia entre sus conclusiones (las de los peritos) sobre la legalidad de las comisiones e intervención de GMH, licitud de las disposiciones de la cuenta crédito y ausencia de documentos y las tesis que los letrados de los imputados vienen defendiendo en esta causa".⁹

Pero de la misma manera que una coincidencia del informe de los peritos judiciales con las tesis del Ministerio Fiscal no habría autorizado a hablar de una estrategia inculpatoria, habría sido conveniente no dar a aquel dictamen más valor del que le es propio, a saber, el que nuestras leyes procesales atribuyen a cualquier informe pericial prestado por peritos designados por el órgano jurisdiccional, De acuerdo con el criterio impuesto por los principios que disciplinan el proceso penal, habría sido mucho más sencillo

⁹.- Vid. pág. 3 de las Notas Complementarias, primer párrafo, último inciso.

encontrar la regla para resolver aquellos casos en que existe una discrepancia entre las conclusiones preprocesales de los miembros de una unidad administrativa al servicio de la Fiscalía Anticorrupción y el dictamen pericial prestado ante el órgano jurisdiccional competente para la investigación penal.

La explicación dada por el Fiscal para justificar la inidoneidad de los peritos se basa en el hecho de que el Juzgado dejara en manos del Ministerio de Hacienda la designación de los técnicos que habían de confeccionar el dictamen.¹⁰ La idea insinuada de una pasividad judicial ante la manipulación administrativa del nombre y de la capacidad técnica de los peritos encierra en sí misma una gravedad sólo comparable con la también insinuada afirmación de un testimonio tendencioso de los peritos, que formaría parte de una estrategia global de exculpación del aforado y de los que ya han declarado en la causa penal. Todo ello sin olvidar el papel reservado en esa hipotética concertación delictiva a los Letrados de la defensa, que habrían logrado convertir a los peritos en vehículo de sus tesis exculpatorias.

No resulta fácil aceptar una descalificación del informe pericial por el hecho de que los peritos hayan sido designados por el Ministerio de Hacienda. De un lado, porque contradice la consolidadísima jurisprudencia del Tribunal Supremo -de innecesaria cita- acerca del valor probatorio reforzado de las pericias oficiales. De otra parte, por cuanto que las Unidades Orgánicas puestas al servicio de la Fiscalía Anticorrupción no ostentan la cualidad de órganos del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, no están sometidas a los principios constitucionales que informan la actuación del Fiscal en el proceso penal. A ello habría que añadir el hecho de, que la procedencia de sus integrantes -sobre cuya solvencia profesional no existe la más mínima duda- no

¹⁰.- Así se desprende con toda claridad del contenido de las págs. 2 y 3 de las Notas Complementarias tantas veces citadas.

es ajena a la condición de funcionarios de la misma Administración Pública cuya descalificación ahora se insinúa. Resulta de dudosa validez técnica privilegiar el dictamen de los miembros de aquellas Unidades de Apoyo, frente al razonamiento de peritos, sin conexión orgánica alguna con el Ministerio Fiscal y que han sido nombrados judicialmente a propuesta del ente administrativo al que pertenecen.

Los hechos atribuidos al Sr. Piqué y su correlativa tipicidad penal se presentan con la nitidez necesaria para justificar su imputación

Bajo la aparente congruencia de los hechos y de las calificaciones jurídicas que se contienen en el laborioso informe-propuesta, se ocultan importantes contradicciones que impiden conocer algo tan elemental como los hechos imputados y su posible -aun provisoria- calificación jurídica.

Conviene llamar la atención, desde ahora, acerca del hecho de que algunas de las propuestas de calificación jurídica son manifiestamente incompatibles entre sí. Esa incompatibilidad va más allá del planteamiento de un aparente problema concursal, antes al contrario, tiene su origen en la exigencia de un sustrato fáctico que no puede existir y no existir al mismo tiempo.

Así acontece, por ejemplo, con la reiterada afirmación de que la apropiación por algunos del sobreprecio pagado por ERTOIL generó un delito de apropiación indebida y un delito de alzamiento de bienes, por cuanto se obtuvo un lucro personal y al mismo tiempo se descapitalizó a la empresa en perjuicio de sus acreedores. Admitiendo por vía de hipótesis la identificación que sugiere el informe-propuesta entre sobreprecio y conducta ilícita, la incompatibilidad antes comentada vuelve a hacer acto de presencia. El problema que se plantea es que, con carácter previo a toda propuesta de

calificación jurídica, habría de haberse optado por una u otra secuencia fáctica para dar apoyo a una u otra tipicidad. Dicho con consciente simpleza: o el dinero fue a bolsillos particulares cuando debía ir a la caja social, en cuyo caso se perjudicó a ERCROS, o el dinero fue ocultado a los acreedores, en cuyo caso ERCROS dejó de ser perjudicada, se convirtió en beneficiada por un delito y transmitió la condición de perjudicados a sus burlados acreedores. No hay duda de que cualquier acto de apoderamiento, en la medida en que menoscaba la capacidad patrimonial de la víctima, hace de peor suerte a los acreedores de ésta. Ese argumento, llevado a sus últimas consecuencias, convertiría a todo responsable de un delito de apropiación indebida en responsable de un delito de alzamiento de bienes. Ello resulta inaceptable, pues el sujeto activo, puede obrar impulsado por el propósito de descapitalizar a su empresa para engrosar su peculio personal, o por el deseo de ocultar el patrimonio de su empresa frente a la reclamación de acreedores. O existe voluntad de apropiación o existe voluntad de ocultación. El afirmar la concurrencia de ambas voluntades suele ser preocupante indicio de que no se sabe exactamente qué fue lo que ocurrió.

Y aun cuando la secuencia fáctica pudiera ser fijada con precisión, indicar la existencia de un solo indicio documentado o un solo testimonio que permita fundar la imputación del aforado, es tarea imposible.

A esa dificultad para fijar de modo preciso un relato de hechos, una calificación jurídica y unos indicios que sirvan de base para una hipotética imputación, se le añade el incuestionable valor procesal del dictamen pericial. En efecto, ya es conocido el criterio de los peritos judiciales acerca de la ausencia de cualquier irregularidad contable de la que derivar la existencia de pagos ilícitos. El sobreprecio pagado a GMH formaría parte, conforme se expresa en el anexo que se acompaña al presente informe, del valor de la inmovilización de activos y de la subrogación en los gastos financieros derivados del crédito que había suscrito GMH para la adquisición de ERTOIL.

Ese criterio debiera hacerse también extensivo respecto de la disposición anticipada de unos 18.300 millones de pesetas que fueron dispuestos de la cuenta de crédito que ERCROS tenía abierta en el Banco de Santander, con cargo al precio, todavía no recibido, de la venta de la petrolera. La reiterada insinuación de que la gestación de ese crédito-puente y la aceptación posterior de unos pagarés enmascaraban un propósito ilícito, supone, de entrada, sumar al pretendido contubernio ERCROS-GMH-ELF-CEPSA, un nuevo y cualificado socio, el que estaría representado por los dirigentes del Banco de Santander que, de acuerdo con lo que se sugiere, habrían puesto su entidad al servicio de unos comisionistas sin escrúpulos. El criterio de los peritos debería ser suficiente para liberar de la

necesidad de renovadas argumentaciones¹¹. Pese a todo, quizás sea conveniente reparar en que la concesión de un crédito en el que la garantía se obtiene por la pignoración de acciones del Grupo Torras y Nueva Madrugada, a la que se suma la expectativa del importante ingreso que iba a producirse por la venta de EROTOIL, no representa la comisión de delito alguno. Incluso, admitir la existencia de un crédito-puente y su posterior novación por unos pagarés, no parece ser inconciliable con el estado contable de una sociedad como ERCROS cuyo pasivo, según alguno de sus dirigentes, ascendía a más de 100.000 millones de pesetas. El destino de aquella cantidad se describe por el dictamen pericial al que resulta obligado remitirse. El informe-propuesta considera que "...se aplicó en beneficio del Grupo Torras sin título para ello y en todo caso se sustrajo al patrimonio social de ERCROS y a la acción de los acreedores...".

En el deseo de agotar el razonamiento que se viene sosteniendo y aceptando a esos exclusivos efectos la posible existencia de un comportamiento irregular por parte del Grupo Torras, la preguntas nacen por si solas: ¿existe algún documento o testimonio que permita un enlace indiciario entre el aforado y esas anotaciones bancarias? ¿entre el aforado y aquellas disposiciones? ¿entre el aforado creación material de esos pagarés? La negativa vuelve a imponerse como respuesta.

Algo similar se observa respecto de la afirmación de la existencia de un delito fiscal. En este punto se produce una sensible divergencia entre el penúltimo y el último informe-propuesta. En el primero de ellos, el fraude tributario se conectaba a la ocultación de la plusvalía resultante de la interposición de una sociedad instrumental (pág. 44, párrafos cuatro, cinco y seis). En el segundo informe-propuesta, elaborado unos días después, se añadía una modalidad distinta de defraudación fiscal, que estaría relacionada con el ilegal disfrute de exenciones fiscales (págs 59, último párrafo y 60, primer párrafo). Respecto de esta última posibilidad, el propio informe-propuesta reconoce dos obstáculos. El primero de ellos, la ausencia de una pericia tributaria sobre estos extremos, atribuyendo ese vacío procesal al desconocimiento de los peritos judiciales sobre la normativa de fraude tributario¹². Esa explicación parece contradecir la lectura del acta que recoge la diligencia de ratificación de peritos, en la que no existe una sola pregunta formulada al respecto, ni por su Señoría, ni por el Fiscal, ni por ninguna de las partes personadas¹³. El segundo obstáculo estaría originado por la

¹¹ En relación con el *crédito-puente* los peritos afirman: "...en ese periodo existen 41 movimientos de cargo y 26 de abono superiores a 100 millones, lo que le hace pensar que esto corresponde con la operatividad de la empresa" (pág. 1323, diligencia de ratificación).

¹² Así se expresa en la pág. 60, segundo y tercer párrafo, del último *informe-propuesta*,

¹³ Víd. págs, 1321 a 1328 del Anexo 2, informe pericial incorporado a la causa.

prescripción, que se pretende salvar con una interpretación amplia del auto de imputación dictado Por el Juzgado de Instrucción de Madrid con fecha 25. 8. 1995 y, sobre, todo, con la virtualidad interruptiva de la prescripción que habría de reconocerse a los procedimientos judiciales franceses actualmente en marcha.

Con independencia de la forzada invocación de argumentos de esta naturaleza -delitos fiscales respecto de hechos todavía no precisados, interrupción de la prescripción atribuida a procesos penales incoados en el extranjero por hechos y respecto de autores todavía no suficientemente esclarecidos- lo cierto es que el verdadero obstáculo para la apreciación de un delito fiscal por ocultación de plusvalías, vuelve a surgir como consecuencia de la incompatibilidad de dos relatos de hechos irreconciliables. El mantenimiento de esa irreductible dualidad entre lo que puede y no puede ser al mismo tiempo, debilita enormemente la solidez de la pretendida imputación. En efecto, al igual que razonábamos supra, o bien el dinero defraudado mediante comisiones y sociedades interpuestas engrosó los bolsillos de los negociadores o bien entró como dinero negro en la caja social de ERCROS. La dirección de ese flujo dinerario es la que determina el nacimiento del delito fiscal. O bien se ocultó en la tributación del impuesto de sociedades que debió haber rendido ERCROS, o bien se ocultó en la declaración tributaria de los que se lo apropiaron a título particular. Pero lo que resulta evidente es que no puede servir, al mismo tiempo, para hacer nacer dos delitos distintos, sin que se sepa con exactitud en qué dirección se produjo el movimiento financiero no declarado.

Lo que, además, resulta evidente es que sea cual fuere la dirección de ese movimiento ilícito de capital, no puede afirmarse el más mínimo indicio de que el aforado deba ser reputado como uno de los que, de existir, habrían obtenido esas plusvalías defraudadas.

Los delitos de falsedades en documento oficial -relacionadas con la creación de pagarés para encubrir la disposición anticipada de un crédito puente por valor de 20.000 millones de pesetas- y la falsedad en documento mercantil por la emisión de facturas ficticias en los casos de Venusia a Ertoil y Pan African a Elf, de existir -hecho negado como premisa- se hallarían prescritos sin discusión, reconociéndose así por el propio infome~propuesta¹⁴.

Visto lo anterior, está fuera de dudas que la imputación del señor Piqué se dibuja como una inaceptable propuesta de inculpación sin fronteras, con una tendencia a la generalidad que ni siquiera se hace descansar en hechos concretos de los que predicar su relevancia típica. En efecto, bajo el epígrafe fundamento probatorio de la participación de/ atorado, las págs, 38 a 41 del informe hacen un

¹⁴ Víd. págs. 48, último párrafo y 58, último párrafo.

esfuerzo por destacar las razones que militarían a favor de la llamada del aforado en condición de imputado. Existe un párrafo conclusivo (pág. 41, segundo) que busca expresar sintéticamente los verdaderos motivos de la imputación. Su lectura advierte del defecto de imprecisión reiteradamente apuntado. La transcripción literal del párrafo es la siguiente:

“Acreditado por lo anterior que el aforado era director general de estrategia, autor del Plan estratégico, interviniente en los Consejos y defensor activo del mismo, que formaba parte del Consejo, Comisión ejecutiva y Comité de Dirección, que las circunstancias de la venta del principal activo de la Cía. y destino del dinero alcanzaban un alto valor estratégico, que de todo ello se dio cuenta a tales organismos y que tras la operación de venta obtuvo el reconocimiento del GrupoTorras y de F. J. De la Rosa, beneficiarios de la misma ha de inferirse conforme a reglas de lógica y experiencia que participó activamente en el diseño y decisión sobre la ilícita operación de autos y destino del dinero obtenido”.

Este párrafo es bien indicativo de cuanto se viene advirtiendo, Su breve glosa puede ser de especial interés. La solidez de la imputación arrancarí­a del hecho de que el aforado era director general de estrategia, autor del Plan Estratégico, ínterviniente en los Consejos y defensor activo del mismo. Es cierto que el Sr. Piqué fue autor del Plan Estratégico que se elaboró más de un año antes de la venta de EROTOIL. Forma parte de la lógica que, en su calidad de autor de ese plan, se convirtiera en su más activo defensor en cuantas reuniones se llevaran a cabo para su análisis, plan que -dicho sea de paso, pese a su obviedad- no contemplaba entre las tácticas de futuro vender la división petrolífera a través de una sociedad intermediaria. También es cierto que, en su condición de miembro de los principales órganos de dirección de ERCROS, tuvo conocimiento de que tanto las circunstancias de la venta, como el destino del dinero alcanzaban un alto valor estratégico. Es probable que captar la importancia de la venta del destino del dinero no exija una gran agudeza analítica. Es seguro, por otra parte, que su grado de conocimiento no diferiría del que tuvieron los restantes miembros del Consejo de Administración, a los que los negociadores -entre los cuales el aforado no estaba designado- daban cuenta periódica. Es posible que su ascenso no estuviera desligado del reconocimiento del Grupo Torras y del que entonces era su principal directivo, D. Javier de la Rosa. A partir de este momento la pregunta surge por sí sola. ¿Cuál es la conducta típica que pretende imputársele? ¿Haber diseñado un plan de estrategias corporativas dos años antes de la venta de EROTOIL y en el que -como no podía ser de otra manera- nada se decía de la forma en que había de venderse EROTOIL? ¿Haber oído las explicaciones periódicas que los negociadores de la venta de EROTOIL daban a los órganos societarios de ERCROS? ¿Haber obtenido el reconocimiento del Grupo Torras,

entonces mayoritario en la compañía a la que pertenecía el aforado? La inferencia que el informe-escrito deriva de las reglas de la lógica para hacer responsable al aforado del diseño de la operación y del destino del dinero, no es, desde luego obligada, ni es la única que esas mismas reglas de la lógica autorizan. Lo que las reglas de la lógica imponen en el juicio de tipicidad es la descripción de un hecho típico respecto del que pueda afirmarse algunas de las formas de autoría o participación que las leyes penales permiten.

Nada de ello se desprende de la lectura de los argumentos en que se pretende fundar la inculpación. No existe en toda la causa un solo documento del que pueda derivarse, ni siquiera en el plano indiciario, la incorporación al Patrimonio del aforado de cantidad alguna de dinero y tampoco existe en toda la causa una sola declaración prestada en concepto de testigo y/o imputado que involucre al aforado en el pago y/o cobro de cualquier cantidad de dinero.

Y esa es, dicho sea de paso, la conclusión que se desprende del auto dictado por la titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, fechado el día 19 de abril del corriente año, que en su prolija relación de hechos ni sugiere ni afirma la existencia de elemento de cargo alguno contra el aforado.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS EN QUE PRETENDE FUNDARSE EL SUPUESTO DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES RELACIONADO CON LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DE "ERCROS" (DP 2578196, Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona)

ERCROS (años 1987-89)

Acepta letras de cambio de inversores a través de la sociedad "Foruria Investment". Aquéllos se convierten en acreedores por las cantidades a que ascienden cada una de las letras.

Con ello obtiene liquidez en un momento de especial dificultad económica.

El vencimiento suele situarse entre 3 y 4 años

ERCROS (30-12-89)

Crea la filial ERTOIL, independizando así la división petrolífera más rentable.

ERCROS (7-7-92)

Presenta suspensión de pagos. Incluye en el pasivo de la sociedad las deudas que reflejaban las letras aceptadas años atrás.

ACREEDORES TENEDORES DE LETRAS de "FORURIA INVESTMENT"

Siguen distintos caminos para el cobro de sus deudas: a) algunos de ellos se personan en el convenio de la suspensión de pagos; b) otros demandan civilmente a ERTOIL, porque estiman que es la verdadera deudora; c) otros se sienten engañados e interponen denuncia penal.

Como se apuntaba en el capítulo introductorio, el penúltimo de los informes-propuestas elaborados postulaba la citación del aforado en concepto de imputado como posible responsable de un delito de alzamiento de bienes. El último informe, sin embargo, no centra su

interés prioritario en esta cuestión. Pese a todo, como quiera que en el mismo se solicita que por el Tribunal Supremo se recabe para sí el conocimiento de las DP 2578/96, tramitadas por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona, conviene hacer alguna puntualización acerca del significado jurídico-penal de la conducta denunciada.

CALIFICACIÓN LEGAL DE LOS HECHOS Y PARTICIPACIÓN DEL AFORADO SEGÚN EL INFORME-PROPUESTA

El aforado -en unión de otros directivos- habría cometido un delito de alzamiento de bienes, pues se impidió a los acreedores el cobro de sus letras, al imputarlas a ERCROS -sociedad insolvente- cuando debieron haber sido imputadas a ERTOIL -filial con recursos-. Se perjudicó así a los acreedores en sus respectivos créditos cambiarios.

Se pone el acento en la condición de J. Piqué como Consejero Delegado de Ercros, cargo para el que fue nombrado el día 22 de junio de 1992, es decir, unos días antes de la presentación formal de suspensión de pagos por parte de la citada empresa. Se razona que, desde esa posición de privilegio, tuvo que conocer la imputación de las letras a una sociedad insolvente.

RAZONES A FAVOR DE LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS IMPUTADOS

La tesis incriminatoria identifica la acción típica del delito de alzamiento de bienes (arts- 519 antiguo Cp, 257 vigente Cp) con la inclusión de las letras de "Foruria Investrnent" en la suspensión de pagos de ERCROS y con la consiguiente negativa de ERTOIL a abonar aquéllas cuando le fueron judicialmente reclamadas. Sin embargo, el delito de alzamiento de bienes exige una conducta encaminada a la ocultación, real o ficticia, del patrimonio, impidiendo el cobro por los acreedores. Quien se limita a negar su cualidad jurídica de deudor, no colma la acción típica, ni siquiera cuando esa negativa es determinante de la falta de cobro por los acreedores. El juicio de tipicidad exige, cuando menos, que la imputación de la deuda resulte con claridad y que la condición de acreedor no esté sujeta a discusión. Nada de ello acontece en

el supuesto que es objeto de examen. La duda cierta sobre quién sea deudor habría de reputarse suficiente para anular el delito, máxime cuando el alzamiento de bienes sólo conoce la posibilidad de una incriminación dolosa. De hecho, existen pronunciamientos judiciales que estiman correcta la inclusión de los créditos cambiarios en el pasivo de la suspensión de pagos de ERCROS, decisión que -no se olvide- es considerada en el informe-propuesta como una acción típica.

Especial significado de la STS 69/1998, 6 de febrero, Sala 1ª (Pte. Sierra Gil de la Cuesta)

Como se ha apuntado en el gráfico, algunos de los acreedores de "Foruría Investment" acudieron a la vía civil en reclamación de sus créditos. El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación entablado, haciendo suyos los argumentos esgrimidos por el Juez de Primera Instancia número 2 y la Sección Decimonovena de Madrid, desestimando la pretensión de quienes aspiraban al abono de las cambiales, El objeto de ese proceso no era otro que el de decidir quién habría de abonar las letras reclamadas a ERTOIL e incluidas en la suspensión de pagos de ERCROS. El Tribunal Supremo coincide con la interpretación dada por el juez de Primera Instancia a la escritura pública de formalización de la escisión de 30 de diciembre de 1989, con arreglo a la cual, la deuda o pasivo representada por las cambiales no fue traspasada a ERTOIL y, en consecuencia, debía hacerse valer en la suspensión de pagos de ERCROS. Así se desprende de la lectura de su fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Supremo. Al propio tiempo, el Alto Tribunal aborda los aspectos jurídicos del proceso de segregación, no detectando irregularidad jurídica alguna en el hecho de imputar las deudas cambiarias a la suspensión de pagos de ERCROS, conducta que, sin embargo, es calificada como delictiva por el informe-propuesta:

"De todo lo cual se desprende con una claridad meridiana que ha existido una escisión societaria, denominada doctrinalmente como parcial o impropia, por la que la sociedad que se escinde (...) no se extingue, sino que continúa su personalidad y su patrimonio-resto,

puesto que se ha desprendido de parte de él a favor de la nueva sociedad (...) y que en el pasivo de dicho patrimonio-resto se encuentran como acreedores los, antes, demandantes, y, ahora, recurrentes y por el importe total de las letras de cambio de la que son titulares.”

En el informe-propuesta se, alude a la existencia de otros pronunciamientos jurisdiccionales -de los que nada se concreta y cuya copia no consta entre los antecedentes manejados con el informe- que, por el contrario, adjudican la condición de deudora a la entidad ERTOIL (“...alguna sentencia dictada en procedimientos civiles -como la de la AP de Madrid mencionada en el folio 43 tomo 8- entablados por los tornadores contra ERTOIL ha considerado a ésta como deudora”). En tales casos, los acreedores han visto prosperar sus acciones, no han experimentado ocultación fraudulenta del patrimonio del deudor y han sido reintegrados en sus créditos. No deja de ser discutible una línea argumental en la que la existencia del delito de alzamiento de bienes se hace depender del éxito o del fracaso de los distintos acreedores -tan íntimamente ligado a la sagacidad de sus respectivos Letrados- en la reclamación civil de sus créditos cambiarios.

Negada la tipicidad de los hechos, carece de sentido cuestionarse posibles formas de autoría.

ANEXO: EXPOSICIÓN ESQUEMÁTICA DEL PROCESO DE VENTA DE ERTOIL HASTA SU ADQUISICIÓN POR CEPESA

ERCROS

ERTOIL

Como consecuencia de[llamado "proceso de filialización", el día 30 de diciembre de 1989 -1 año y 11 días antes de su posterior venta-, se formaliza la escisión de ERTOIL, pasando a ser la división más rentable de la compañía.

ERTOIL
(filial de ERCROS)

GMH

ELF

CEPSA

1ª OPERACIÓN: venta de ERTOIL a GMH.

Se otorga ante Notario el día 9 de enero de 1991, interviniendo en la escritura los Sres. De la Rosa, Nasir y Auchí. Las negociaciones ya incluyen a representantes de ELF, concretamente, a los Sres. A. Guillon y Lebianc. Participan en los acuerdos, por ERCROS, los Sres. J. Vega, José Luis del Valle, Miguel Guasch y Fernando Labad, todos ellos miembros de la Comisión Ejecutiva, además de D. Javier De la Rosa. Por GMH asumen la representación los Sres. Auchí y Nasir¹⁵.

¹⁵ Tales datos se ponen de manifiesto en el *informe-propuesta*, pág - 18

2ª OPERACIÓN: suscripción de opción de compra por ELF.

Se firma, un día después, por los mismos protagonistas. GMH concede a ELF una opción de compra, por un plazo de 3 meses, sobre la totalidad de las acciones de ERTOIL. Dicho plazo resultó luego prorrogado. Se incluye una cláusula que reconoce la posibilidad jurídica de transmisión de la opción a un tercero.

Poseer esa opción de compra le supuso a ELF el desembolso de 3.600 millones de pesetas que, se pagaron a PAN APRICAN INVESTMENT, sociedad filial de GMH, mediante la presentación de facturas que el informe-propuesta considera ficticias y que el informe pericial explica en los siguientes términos:

- 1 .000 millones en la fecha de cierre
- 1.200 millones en la fecha de levantamiento de la opción por ELF
- 1.400 millones el día de la cesión de la totalidad de las acciones y derechos de voto de ERTOIL por GMH en beneficio de EIF.

Por los peritos se razona que "esta cantidad parece corresponder al incremento del precio de las acciones de ERTOIL, como consecuencia de la intervención de GMH en la operación, así como del tiempo que permanecen en poder de esta última. En el apéndice al contrato de opción de 23-4-91 se denomina prima de inmovilización".

Como quiera que se concedió a ELF una prórroga en el ejercicio de la opción, hasta el 31 de diciembre de 1991, ELF hubo de pagar otra prima de inmovilización por valor de 2.000 millones de pesetas.

Además, ELF se compromete a abonar a GMH los gastos financieros derivados del crédito que hubo que pedir GMH a la banca francesa para la adquisición de ERTOIL, gastos fijados en 3.620 millones de pesetas.

En total, pues, ELF había asumido un compromiso de pago inicial a GMH de 9.220 millones de pesetas.

3ª OPERACIÓN: ELF cede a CEPSA la opción de compra respecto de ERTOIL:

El día 23 de abril de 1991 CEPSA y ELF, representados por los Sres. Escámez y Le Floch, firman un nuevo protocolo entre el BANCO CENTRAL, ELF y CEPSA, en virtud del cual se le transfería la opción de compra a la petrolera española. El 30 de Abril de 1991 se formaliza la cesión de la opción entre GMH, ELF y CEPSA, con intervención de los Sres. Gullón, Magaña y Leonelli, estos últimos en representación de GMH y con validez hasta diciembre de 1.991.

4ª OPERACIÓN: ejercicio por CEPSA de la opción de compra y adquisición de ERTOIL a GMH:

Se lleva a cabo el día 27 de septiembre de 1991. El precio abonado fue el mismo que GMH había pagado a ERCROS, esto es, 41.400 millones.

En la escritura de venta se pactaba que CEPSA pagaría a ELF 5.528.054.097 pesetas, más otra cantidad de 750 millones, fruto de dos conceptos que GMH había ingresado de la caja de ERTOIL, a saber, 300 millones en concepto de dividendos y 450 millones cobradas por GMH mediante la presentación de una factura girada por VENUSIA, una de sus filiales.

En conclusión, ELF (3.492 millones) y CEPSA (5.528 millones) asumen de forma compartida el pago de las cantidades que GMH ingresó en su caja por la venta de ERTOIL.

