



LECTORES:

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

*** CASO BANESTO**

Sentencia N°: 867/2002

RECURSO DE CASACIÓN N°: 2038/2000

Señalamiento: 06/05/2002

Fecha Sentencia: 29/07/2002

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Martín Pallín

Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández

Escrito por: EVL

RECURSO DE CASACIÓN N°: 2038/2000

Ponente Excmo. Sr. D. : José Antonio Martín Pallín

Fallo: 06/05/2002

Secretaría de Sala: Sr. Auseré Pérez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: /2001

Excmos. Sres.:

D. Luis Román Puerta Luis.

D. José Antonio Martín Pallín.

D. Juan Saavedra Ruiz.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

D. Diego Ramos Gancedo.

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de 2002.

En el **recurso de casación** por quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL, LAS ACUSACIONES PARTICULARES**, 1. Fondo de garantía de depósitos en Establecimientos Bancarios, Francisco Cardín, Josefa Cardín, Covadonga Mata Cardín y Amalia Cubillos, Eduardo Pérez Rubio, Concepción Insa y Manuel –Rabadán, Banco Español de Crédito, Victoria de la Muela y Patrick Meuri Manisdeu, Asociación para la defensa del accionista, Santiago Fernández y otros muchos. **LAS ACUSACIONES POPULARES**, Ausbanc, Federación de Servicios de Banca de Comisiones–Obreras, Federación de Servicios de Banca de la Unión General de Trabajadores, **LOS PROCESADOS, MARIO CONDE CONDE, ARTURO ROMANI BIESCAS, FERNANDO GARRO CARBALLO, RAFAEL PEREZ ESCOLAR, y LOS RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS, ENTIDAD MERCANTIL LONGANOR S.A, ENTIDAD INVERSIONES CAJATAMBO S.L., INVERSIONES LUCENSES S.L., CIFUENTES 2000 S.L., SANTA CRUZ DE BUJEDO S.A., SAN ANTON DEL ESPINO S.A., APROVECHAMIENTOS**

AGROPECUARIOS LAS JARAS DE SAN LUIS, DATA TRANSMISSIONS SYSTEM, y MONTILSA, contra sentencia dictada por la **Audiencia Nacional**, que **condenó** a los mismos por los delitos de **apropiación indebida y estafa**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y **Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**, siendo también parte como **RECURRIDOS**, Jamuna representada por el Procurador Sr. Donaire Gómez, Jacques Hachuel Moreno y Mariella Real Estate Holding Establishment, representados por la Procuradora Sra. Pereda, Enrique Lasarte y Pérez-Arregui representados por el Procurador Sr. Juanas Blanco, Asociación de Mandos Intermedios de Banca Privada (AMI) representada por D^a Concepción Giménez Gómez, Eugenio Martínez Jiménez, Euman S.A., y Valyser S.A, representados por D. Guillermo G^a San Miguel Hoover, Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., representada por el Sr. De Palma Villalón, Juan Belloso Garrido, representado por el Sr. Domínguez López, Asociación de Estudios Penales, representada por D^a Gema de Luis Sánchez, Inversiones Sanfergo S.A., representada por el Sr. Granizo Palomeque, Francisco Javier Sitges Menéndez, representado por D. Ramón Rodríguez Nogueira, Asni Investments S.A., representada por D^a Marta Martínez Tripiana y Ramiro Núñez de Villaveiran Ovilo representado por el Sr. Ruigomez Muriedas.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 3, instruyó sumario con el número 234/94, contra **procesados MARIO CONDE CONDE, ARTURO ROMANI BIESCAS, FERNANDO GARRO GARBALLO, RAFAEL PEREZ ESCOLAR** y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Nacional** que, con fecha 31 de Marzo de 2000, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

PRIMERO RESULTANDO: *Probado, y así se declara, que*

I. RETIRADA DE CAJA DE 300 MILLONES

1 .El acusado Mario Conde Conde , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, en su condición de Presidente del Banco Español de Crédito, S.A.,(en adelante Banesto) , y en función de las facultades de disposición conferidas por razón de su cargo , y sin que fuera autorizado para ello por los órganos de administración de la sociedad , decidió unilateralmente disponer de la suma de 300.000.000, para fines ajenos al giro propio de la empresa , sin que se haya acreditado que aquella cantidad fuera utilizada por Mario Conde en su propio beneficio o que formara a integrar parte de su patrimonio .

Para llevar a efecto aquella disposición global de 300 millones de pesetas , el acusado Mario Conde Conde se puso en contacto con Martín Rivas Fernández , Director General de Banca Comercial , a la vez que encargado de las relaciones crediticias del Banco con los partidos políticos , comunicándole su propósito, indicándole verbalmente que había que hacer un pago de 300 millones de pesetas a don Adolfo Suárez, ex Presidente del Gobierno , por un servicio que éste había prestado ante el Banco de España , y Martín Rivas asumió el encargo de gestionar la ejecución de la orden de disposición de efectivo.

A tal fin , Martín Rivas preguntó a Cecilio Alfonso Gutiérrez , Director adjunto de la sucursal del Banco en el Paseo de la Castellana, número 7 , si había disponibilidad de 300 millones de pesetas, contestando afirmativamente, indicándole entonces el Sr. Martín Rivas que tuviera preparada la cantidad de 300 millones de pesetas, en efectivo , y que posteriormente le comunicaría el momento de llevar a cabo la disposición . Martín Rivas le comunicó asimismo que debía guardarse la debida confidencialidad, por lo que el dinero en efectivo no debía entregarse en la forma acostumbrada en sacos con anagrama del propio Banco, sino en bolsas sin signo distintivo, encargándose Cecilio Alfonso de adquirir dos bolsas de deporte para el transporte del dinero.

La disposición efectiva de la suma de 300 millones de pesetas, una vez preparada la cantidad para ello , se llevó a cabo en dos entregas, de 150 millones de pesetas cada una . La primera tuvo lugar con fecha 2 de febrero de 1989 . Para llevarla a efecto, don Apolonio Paramio Andrés, conocido como Pol , fue avisado por encargo del Presidente y así se le hizo saber que recibiría una bolsa de deporte que debía entregar en una dirección , que asimismo se le facilitaría, sin que le fuera comunicado su contenido . Martín Rivas dijo entonces a Cecilio Alfonso que había llegado el momento de disponer parte de la cantidad global, indicándole que preparase ahora 150 millones de pesetas , Y Cecilio Alfonso lo llevó a cabo mediante la obtención de efectivo de la caja de dicha sucursal, emitiendo a continuación el correspondiente recibo de caja que fue firmado por Don Martín Rivas . La bolsa de deporte , con la cantidad indicada en su interior, fue entregada por Martín Rivas a Apolonio Paramio en el garaje de la oficina de Castellana 7, y éste llevó el dinero a la dirección que se le indicó, que no ha podido ser determinada, pero en lugar próximo al Palacio de Deportes de Madrid, de la C/ Goya , haciendo entrega de la bolsa y su contenido a una persona cuya identidad no se ha determinado .

Con la finalidad de entregar la cantidad pendiente para alcanzar la disposición total de 300 millones, el 6 de abril del mismo año 1989 , se lleva a cabo la segunda entrega parcial, de nuevo, en suma de 150 millones de pesetas . A tal fin, habiéndose comunicado la

necesidad de llevar a cabo la disposición de dicha suma a Cecilio Alfonso , éste subió al despacho de Martín Rivas con una bolsa de deporte y la cantidad de 150 millones de pesetas en efectivo en su interior , circunstancia que pudo ser observada por Fernando Falero, Director general adjunto , que ocasionalmente entró en el despacho de Martín Rivas . La bolsa fue entregada por Martín Rivas para su transporte a Apolonio Paramio, que esperaba instrucciones en el hall . En su cumplimiento, el citado Pol entregó la bolsa en una dirección desconocida a persona también desconocida .

La salida de fondos, a pesar de que tuvo lugar de la caja de la oficina de Castellana nº 7, habiendo firmado el correspondiente recibo Martín Rivas , fue contabilizada en una cuenta transitoria, en espera de su definitiva asignación , dentro de la sucursal 8.025 de Banesto en Pamplona , cuyo Director era en esa fecha el Sr. Vicuña, cuñado de Martín Rivas .

Con posterioridad, el Sr. Martín Rivas recibió una comunicación de Don Mariano Faz , director de una sucursal de Banesto en Barcelona , poniéndole de manifiesto que en esa sucursal existía una suma de 4.709.940 pesetas que parecía anotada como cantidad “a disposición del Presidente ”, diciéndole asimismo que cantidades de este tipo las entregaba con anterioridad a Don Pablo Garnica u otras veces a Don José María Sainz de Vicuña, el primero presidente y el segundo director general . Consultado Mario Conde por Martín Rivas acerca de qué destino había que dar a esa suma , acordaron abonarla en la cuenta transitoria de Pamplona , reduciéndose el saldo deuda de 300 millones en la parte correspondiente .

Banesto no ha recuperado la suma de 300 millones de pesetas dispuestas por el acusado Mario Conde . Esa cantidad hubo de ser provisionada en 1994 conforme a la normativa bancaria .

2. El Consejo de Administración de Banesto , en su reunión del día 16 de junio de 1988 , aprobó las bases de la fusión del banco con el banco Central , encargándose la sociedad BECC Holding S.A. de la gestión de la fusión . El Banco de España dio su conformidad al proceso de fusión, comunicando Mario Conde este hecho al Consejo de Administración en su reunión del día 29 de septiembre de 1988 .

En el mes de octubre de 1988 , Cartera Central S.A., accionista del Banco Central, propuso el nombramiento para el Consejo de Administración de Banesto , de nuevos consejeros a su instancia , siendo designados en el Consejo de Banesto que se celebró el día 14 de octubre de 1988 , entre otros , don Aristóbulo de Juan Frutos, don Carlos Bustelo García del Real y Don José Luis del Valle Pérez . La Junta General Extraordinaria de Banesto celebrada el día 15 de octubre de 1988 ratificó esos nombramientos , al tiempo que aprobaba el proceso de fusión . En esa misma Junta fueron designados cuatro nuevos Consejeros procedentes del Banco Central , Don Alberto Cortina de Alcocer, Don Epifanio Ridruejo Briera, Don Luis Blázquez Torres y Don Romualdo García Ambrosio .

A partir de esa fecha, con ocasión de la incorporación de nuevos consejeros a instancia de Cartera Central , comenzaron a surgir desavenencias en el seno del Consejo,

que se pusieron de manifiesto con especial intensidad en el celebrado el 30 de diciembre de 1988 . El día 20 de enero de 1989 fueron remitidas al Banco de España las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 1988 , que contenían anotaciones derivadas del proceso de fusión , en particular, la revalorización de activos , habiéndose anticipado saneamientos con cargo a esas plusvalías. En la reunión celebrada por el Consejo de Administración el día 24 de enero de 1989, cinco Consejeros votaron en contra de la aprobación de aquellas cuentas, y otros cinco se abstuvieron, resultando aprobadas por 11 votos a favor . En esa reunión algunos Consejeros plantearon la necesidad de cambios en la gestión del banco .

Ante la división del Consejo de Administración de Banesto , el Banco de España expresó su preocupación sobre las consecuencias enormemente graves que la prolongación de esa situación podía tener para la imagen de los Bancos en proceso de fusión y en general de la banca española , haciéndolo saber al Consejo por escrito de fecha 28 de febrero de 1989 . El Gobernador del Banco de España habló personalmente con los Presidentes de los bancos interesados con el fin de comunicarles aquella preocupación . En ese estado , demostrada la inviabilidad de la fusión , en el Consejo de Administración de Banesto del 6 de marzo de 1989 se ratificó el previo acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco por el que se constataba aquella situación. Se llegó a un convenio con el accionista Cartera Central S.A., sometido al Banco de España, por el cual los Consejeros de Cartera Central dimitirían, lo que tuvo lugar en el mes de abril de 1989.

La ruptura de la fusión obligó al Banco Central y al Banco Español de Crédito a presentar nuevos balances en los que no se recogieran los asientos de la fusión . El Consejo de Administración de Banesto , en su reunión del día 19 de abril de 1989 , revisó las cuentas de 1989, siendo necesario un ajuste por provisiones superior a 25.000 millones de pesetas . No obstante, la Junta General celebrada el 17 de junio de 1989 aprobó la distribución de dividendo .

3. No ha quedado acreditado que la disposición por Mario Conde de 300 millones de pesetas se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de Don Adolfo Suárez ante el Gobernador del Banco de España para que éste autorizara la desfusión y diera el visto bueno a las cuentas correspondientes al ejercicio 1988.

II. CEMENTERAS

1. A finales de 1989 el Banco Español de Crédito y la familia Serratosa , representada por los hermanos don Emilio Serratosa Ridaura y don José Serratosa Ridaura , además de con otro socio relevante, el grupo Noruego Aker, y otros accionistas de menor entidad , participaban conjuntamente en el capital social de un grupo de empresas que operaban en el sector cementero denominado “ Grupo valenciana ”, y cuya sociedad matriz o principal era la sociedad Valenciana de Cementos . La participación de Banesto en el conjunto de sociedades que conformaban el referido grupo era mayor que la de la familia Serratosa , no obstante el control de la gestión de las sociedades correspondía a esta familia , que había dirigido las empresas desde hacía algunas generaciones . Así la situación , los representantes de Banesto querían hacerse con el control del grupo e integrarlo en La

Corporación Industrial y Financiera de Banesto , lo que no era asumido por la familia Serratosa . Por ello, surgieron determinadas desavenencias entre ambas partes , que , traducidas en conflictos varios, incluso en la presentación de una querrela por parte de Banesto sobre presuntas irregularidades constitutivas de delito en el seno de las empresas gestionadas por la familia Serratosa, y tras intento infructuoso de Banesto de llegar a acuerdos con el otro socio, el grupo Aker, tuvieron como consecuencia la decisión, conjuntamente adoptada por Banesto y la familia Serratosa , de escindir el mencionado grupo cementero mediante la división y adjudicación recíproca de las sociedades que lo componían , transmitiendo el grupo Banesto a la familia Serratosa las acciones que el primero tenía en la sociedad matriz Valenciana de Cementos y dividiéndose el resto del grupo entre ambos .

2. Para materializar el acuerdo de escisión , el acusado Arturo Romani, mayor de edad y sin antecedentes penales, asumió la representación de Banesto, y de parte de la familia Serratosa uno de sus miembros, don Emilio Serratosa , y celebraron una pluralidad de reuniones a partir del mes de marzo de 1990 .

Para llevar a efecto la división se acordó asignar a las empresas que componían el grupo cementero, con excepción de aquellas que cotizaban en bolsa que lo fueron a precio de mercado , unos valores muy por debajo de su precio real, con la finalidad fundamental de evitar costes fiscales derivados de la afloración de plusvalías , pero tratando de guardar la proporción entre los valores convenidos y los valores reales de forma tal que los valores netos resultantes fueran equivalentes para ambas partes .

El intercambio de acciones entre el grupo Valenciana – familia Serratosa – , representado en la operación por la Sociedad General de Mediación y Bolsa, y el Grupo Banesto , representado por la Sociedad Banesto Lombardía y Lacacci , se llevó a cabo el día 27 de marzo de 1990, aunque la liquidación de la operación se realizó el día 29 de marzo . De acuerdo con lo convenido, Banesto Lombardía y Lacacci vendió a la Sociedad General de Mediación y Bolsa 2.052.000 acciones, que representaban el 50% de la sociedad Cementos del Mar, por importe de 14.218.776.936 pts. , y 570.000 acciones, representativas del 19% del capital de la sociedad Cementos del Atlántico por 3.714.486.046 pts. Además se vendió la participación de Banesto en Valenciana de Cementos en 59.999 millones de pesetas , valor de mercado de la sociedad en cuanto cotizada en bolsa.

Como contrapartida, la sociedad Banesto Lombardía y Lacacci compró a la representante de la familia Serratosa las siguientes acciones : 602.036 acciones, que representaban un 12,1% del capital de la sociedad Cementos de Morata, por un precio de 1.183.862.724 pts; 3.600.000 acciones, que representaban el 50% del capital, de la sociedad Portland Iberia, por la suma de 11.611.385.620 pts; 85.580 acciones, que significaban el 50 % de Cementos de las Islas por 2.445.181.628 ; 33.050 acciones de Sanson por 826 millones de ptas, precio real en cuanto sociedad cotizaba en bolsa.

Los valores asignados a las acciones para el intercambio no fueron valores de mercado, excepto los correspondientes a Valenciana de Cementos y Sanson , cotizadas en

bolsa, sino que se asignó un valor equivalente, por debajo del real, con la finalidad de conseguir ahorro fiscal.

3. Las operaciones de división de las sociedades cementeras se complementaron con la adquisición por parte de Banesto de cuatro sociedades hormigoneras, con la finalidad de que, con esta operación, que se describe a continuación, Banesto recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratosa, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones. A tal fin, el día 29 de marzo de 1990 Banesto adquiere a través de la sociedad Beta Cero, participada en un 88 % por Banesto y en el resto por la sociedad Lombardía y Lacacci, y representada en la operación por José Luis Fernández Company, por compra a la sociedad General de Mediación y Bolsa, y con la intervención de los corredores de comercio Ignacio Martínez Echevarría, por el comprador, y José Maldonado Chiarri, por el vendedor, las siguientes participaciones de sociedades hormigoneras:

- 7.930 acciones de Hormigones y Fabricados S.A. (en adelante Hormifasa), representativas del 70 % del capital social, por la cantidad de 111.000.000 pts.
- 9.000 acciones, que representaban un 70 % de la sociedad Prebetong Aragón, por la cantidad de 65.000.000 pts.
- 3.500 acciones, que significaban el 30% del capital, de la sociedad Arids Formigons, S.A. (en adelante Ariforsa), por importe de 23.747.500 pts.
- 3.000 acciones de la sociedad Prebetong del Este, que representaban el 30 % del capital, por la suma de 30.000.000 pts.

El precio total satisfecho por la compra, que ascendió a la suma de 229.747.500 pts., fue desembolsado por Banesto y contabilizado en sus cuentas, sin que se practicara anotación contable alguna en las cuentas de la sociedad Beta Cero.

4. Los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las hormigoneras para hacer llegar determinados fondos, que de no intervenir los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito, a las sociedades Gay Cordon y Data Transmisión System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con ese fin. De acuerdo con el plan convenido, Arturo Romaní dio las instrucciones precisas a José Luis Fernández Company, administrador único de la sociedad Beta Cero S.A., participada mayoritariamente por Banesto, para que la operación se desarrollara en la forma diseñada. El mismo día en que se realizó la adquisición por Beta Cero, esta sociedad concedió a Cementos del Mar S.A., del grupo Valenciana, representada por don José Antonio Carranza Alonso, una opción de compra de las acciones de las sociedades Ariforsa y Prebetong del Este, que había adquirido inmediatamente antes, por un precio mayor que el de adquisición, en concreto, por la suma de 170.548.120 pts y 215.451.880 pts., en total 386.000.000 pts, ejercitándose el derecho de opción en el mismo acto. De este modo, la familia Serratosa, que había vendido a Beta Cero aquella participación por la cantidad de 53.747.500 pts., en el mismo acto recompró la misma participación vendida en la cantidad de 386 millones de pesetas, por lo que se generó una plusvalía de 332.252.500 pts. con cargo al patrimonio del Grupo Valenciana. Las

correspondientes órdenes de compra y venta se cursaron a través de los corredores de comercio que intervenían por cada parte , de modo que podía desconcerse por los gestores de Cementos del Mar – del grupo Serratos - que el pago del precio por la recompra de las sociedades hormigoneras se hacía a la sociedad Gay Cordon .

La recompra no se materializó hasta el día 6 de abril de 1990. En el periodo de tiempo transcurrido entre el 29 de marzo y el 6 de abril se produjeron los siguientes acontecimientos: El día 2 de abril de 1990 la sociedad Beta Cero , que no había contabilizado la compra de las sociedades hormigoneras , ni abonado su precio , vendió, con intervención del Corredor de Comercio don Ignacio Martínez Echevarría, a la sociedad Gay Cordon, con la composición que se expresa más abajo , la totalidad de las acciones de las cuatro sociedades hormigoneras que había adquirido , por el mismo precio que las compró de 229. 747. 500 pts. y que había sido desembolsado por Banesto .

La sociedad Gay Cordon no realizó tampoco desembolso alguno por esta adquisición, en cuanto la forma de pago fue la que se expresa a continuación . El día 6 de abril de 1990, la sociedad Gay Cordon vendió Cementos del Mar S.A. , con intervención del corredor de comercio Sr. Maldonado Chiarri , y como consecuencia dd el ejercicio de la opción de compra que el día 29 de marzo de 1990 había otorgado Beta Cero a la compradora , las acciones de Ariforsa y Prebetong Este, S.A. por la suma de 170.548.120 pts . y 215.548.120 pts., respectivamente, lo que hacía una cantidad total de 386 millones de pesetas. esta cantidad, que fue abonada por el Grupo Valenciana, se ingresó en la c/c número 865093,273 , abierta en Banesto y perteneciente a Ignacio Martínez Echeverría; con cargo a esa cuenta se realizaron los siguientes pagos : el día 19 de abril se abonó a Banesto, en concepto de reintegro de la suma que había desembolsado por la adquisición de las sociedades hormigoneras, la cantidad de 229.747.500 pts., que correspondía exactamente con la cantidad que Banesto había pagado; el 31 de mayo se pagan a la sociedad Gay Cordon 150 millones de pesetas, y el 7 de junio a Alejandro Valcarce, administrador de esta última sociedad, la cantidad de un millón de pesetas .

5. El día 10 de mayo de 1990 la sociedad Gay Cordon vendió, de nuevo con la intervención del corredor de comercio Sr. Martínez Echevarría, a la sociedad Data Transmision System,S.A., las acciones de Hormifasa y Prebetong Aragón S.A. que había adquirido de Beta Cero S.A., y lo hizo por el mismo precio de adquisición de 111 millones de pesetas y 65 millones de pesetas , respectivamente, en total 176 millones . Esta cantidad no había sido desembolsada por Gay Cordon porque fue satisfecha a Beta Cero con cargo a los 386 millones pts. en la forma relatada en el anterior expositivo.

Con fecha 17 de mayo de 1990, con la intervención del mismo corredor de comercio , la sociedad Data Transmision System vendió a Portland Iberia,S.A., del grupo Banesto , las acciones de Hormifasa y Prebetong Aragón S.A. , que había adquirido por precio de 176 millones pts. , por la suma de 88. 300.000 (precio convenido por 7.930 acciones de Hormifasa) y 517.000.0000 pts (por 9.000 acciones de Prebetong Aragón) , por lo que obtuvo un beneficio neto de 1.224.000.000 pts.

Portland Iberia , para el pago del precio, entregó a don Igancio Martínez Echevarría la cantidad de 1.403.500.000 pts., que se se abonaron en la cuenta 98 X abierta

en Banesto Lombardía y Lacacci S.A, S.V.B., invirtiéndose dicha suma en Letras del Tesoro. El saldo existente el día 11 de junio de 1990, que ascendía a 1.412.559.857 pts. se distribuyó con esa fecha de la siguiente forma : 170. 250. 631 pts. fueron abonadas a Gay Cordon S.A. en la cuenta 99 F abierta en Banesto Bolsa; 1.224. 521. 939 pts. a Data Transmision System, que fueron abonadas en la C/C 99 X abierta en la misma entidad ; el resto de la cantidad , 17.787. 287 pts., fue recibida por don Ignacio Martínez Echeverría en cheques al portador.

6. El precio que fue asignado a las sociedades Hormifasa y Prebetong Aragón en el momento de su transmisión a Beta Cero (176 millones de pesetas) era un precio muy inferior al del mercado. Así se convino entre Banesto y la familia Serratos de acuerdo con lo que se había establecido sobre la asignación de un menor valor a sociedades no cotizadas , pero con la finalidad de que Banesto recibiera su valor real .

7. La sociedad Gay Cordon constituida en 1987, fue administrada, como administrador único , por Alejandro Valcarce Von-Rein, designado a tal efecto el 24 de abril de 1990 aunque su nombramiento no fue inscrito en el Registro Mercantil hasta el 23 de julio del mismo año. Esta sociedad tenía la siguiente estructura de capital :

1) El 72% de la sociedad pertenecía a 16 sociedades de Mario Conde Conde o por él controladas que son las siguientes: INVERSIONES DEL JALÓN, S.L. (25 participaciones); INVERSIONES LA GALENA, S.L. (25 participaciones); LA ALJARREÑA, S.L. (25 participaciones); INVERSIONES FENOLLET, S.L. (25 participaciones); INVERSIONES DE BENIMARFULL, S.L. (25 participaciones); INVERSIONES CRESPIING, S.L. (25 participaciones); INVERSIONES HINOJERAS, S.L. (25 participaciones); LAS BEAS, S.L. (25 participaciones); POTRIES, S.L. (20 participaciones); MOBILIARIA LUCHENTINA, S.L. (20 participaciones); VALORES EL SAUCESO, S.L. (20 participaciones); MOBILIARIA DE CASTILLA, S.L. (20 participaciones); INVERSIONES SANTIZ, S.L. (20 participaciones); LA CORRALERA, S.L. (20 participaciones); ESCACEÑA, S.L. (20 participaciones) y MOBILIARIA BELGIDA, S.L. (20 participaciones);

2) Un 8% pertenecía a las sociedades Tropicana Europea S.L., (20 participaciones) y Servicios y Promociones Siracusa (20 participaciones), participadas casi en su totalidad por Arturo Romaní , sociedades ambas de las que figuraba como administradora única Elena García Baquedano secretaria y persona de confianza de Arturo Romaní , y domiciliadas en el despacho particular de éste en la C/ Conde Aranda ;

3) Un 5% pertenecía a Elena García Baquedano (25 participaciones) que lo poseía por cuenta de Arturo Romaní;

4) Un 5% pertenecía formalmente a Alejandro Valcarce Von-Rein (25 participaciones), pero esta participación había sido adquirida por cuenta de Arturo Romaní ;

5) Un 10% pertenecía a Rosa María Carreño Briz y Consuelo Pérez-Pardo Prego (50 participaciones entre las dos), ambas empleadas de la Corporación , que como los anteriores actuaban por cuenta de Arturo Romaní. Rosa María Carreño Briz había

trabajado con anterioridad en el despacho que los acusados Mario Conde Conde y Arturo Romaní Biescas tuvieron en la calle Maldonado de Madrid .

8. Con la finalidad de que fuere receptora de los fondos resultantes de la operación con las sociedades hormigoneras , la sociedad Data Transmision System, S.A. , domiciliada , como la sociedad Montilsa S.L. y Apolo Inversiones y servicios S.A., en la calle Pedro Romero nº 8 de Madrid, fue adquirida el 7 de mayo de 1990 por Arturo Romaní Biescas, aunque formalmente aparecía como compradora la sociedad Selino Establishment, radicada en Liechtenstein, y administrada por los abogados Alex Wiederkehr y Hans Gassner . Por decisión de Arturo Romaní fue nombrado Administrador único de la sociedad así constituida el citado Alejandro Valcárcel el 2 de mayo de 1990, y Elena García Baquedano obtuvo de la sociedad un poder general el 29 de mayo de 1991.

9. Los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, se aprovecharon en propio beneficio de fondos depositados en cuentas corrientes de Data Transmissions System y Gay Cordon . Así :

1) Con cargo a la cuenta 99 X de a sociedad Data Transmision System , con fechas 26-7-90, 10-10-90 y 1-3-91, se emitieron cheques por importes de 40, 60 y 70 millones, en total 170 millones, de los que dispuso el acusado Mario Conde, que , tras diversas operaciones de fraccionamiento y reagrupamiento de cheques, realizadas con el objeto de oscurecer su origen, los destinó a la financiación de la finca “Los Carrizos” de su propiedad, así como a la adquisición de otra finca denominada “El cuarto del Rincón” cuyo propietario era D. Jesús Bores Saiz .

2) De la misma cuenta se expidieron tres partidas de cheques de fechas 26-6-90, 31-10-90 y 17-1-91, por importes respectivos de 150, 175 y 205 millones, en total 530 millones, de los que dispusieron conjuntamente los acusados Mario Conde Conde y Arturo Romaní Biescas, utilizándolos como la parte del pago en “dinero B ” o sobreprecio no oficial , para la adquisición de un complejo de fincas conocidas como “Hacienda de los Melonares” propiedad de las sociedades LAS MESAS DE RETÍN, S.A., y y AGRO CORCHERA ALISOSO S.A, de la familia Quesada .

Las fincas se adquirieron por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní a través de las sociedades Longanor S.A., perteneciente a Arturo Romaní, representada por Elena García Baquedano, y Nort-Activos, S.A., sociedad propiedad de Mario Conde, representada por Francisco de Asís Cuesta Moreno, estableciéndose en la escritura pública que fue otorgada el 18 de enero de 1991 como precio de adquisición la suma de 450 millones de pesetas, cantidad que las sociedades compradoras habían obtenido de un crédito concedido por el Banco de Vitoria. Pero además de dicha suma, los acusados abonaron a la familia Quesada la cantidad referida de 530 millones de pesetas, suscribiéndose determinados contratos de opción de compra por Data y la familia Quesada de otras fincas dispersas en ciudades de Andalucía con la finalidad de disimular el pago del sobreprecio .

Las diversas fincas compradas se agruparon y posteriormente se dividieron correspondiendo a Longanor, la rústica “Hacienda de los Melonares Altos” con 1.247 Has. , a la que se asignó un valor de 301.380.365 de pesetas, más otras tierras en El Pedroso con 43 Has. valoradas en 28.739.635 pesetas. Y a Nort-Activos, la finca rústica denominada “Hacienda de los Melonares Bajos” , con 453 Has. de extensión, y a la que se asignó un valor de 119.880.000 pesetas.

3) Con cargo a la cuenta corrientes 1755.271 y 1754.271 que tenían abiertas respectivamente Data Transmisión System y Gay Cordón en Bandesco, con fecha 5 de octubre de 1992 se emitieron cheques por importe de 150 millones , con cargo a la cuenta de Data, y de 84 millones , con cargo a la cuenta de Gay Cordon , en total de 234 millones de pesetas (150 millones de Data y 84 de Gay), que fueron ingresados a favor de Arturo Romaní . Así, 160 millones de pesetas fueron abonados en la cuenta 2432.172 de la sociedad Inversiones Rondonópolis S.L., propiedad de Arturo Romaní; 64 millones se ingresaron en la cuenta 2434.172 de la sociedad Longanor, S.A. También propiedad de Arturo Romaní; y 10 millones de pesetas se ingresaron en la cuenta 2433.172 a nombre de Arturo Romaní y esposa; con cargo a la misma cuenta de Data Transmisión, se realizaron los cheques emitidos el 4 de enero de 1994 por la sociedad Longanor , y el 20 de enero de 1994 por la sociedad Apolo Inversiones y Servicios , S.A. controlada por Mario Conde y Arturo Romaní .

4) El día 14 de marzo, fue ingresada la cantidad de 455.000.000 pesetas, procedentes de cuentas de Data Transmision System (435 millones) y Gay Cordon (20 millones) en la cuenta corriente que la sociedad Apolo Inversiones y Servicios S.A. tenía en Barclays Bank , como importe satisfecho en una ampliación de capital relizada en esta sociedad , aunque la ampliación no fue suscrita por Data y Gay sino por la sociedad Servicios y Recursos, S.A.

La sociedad Apolo Inversiones y Servicios S.A., domiciliada , como la sociedad Data Transmision System y la sociedad Montilsa S.A. , en la C/ Pedro Romero nº 8 de Madrid, era una sociedad controlada por Martio Conde y Arturo Romaní. La propietaria de la sociedad Apolo era en un 99,99% la sociedad Trycoum, de la que fue designada administradora única , a instancias de Arturo Romaní, su secretaria Elena García Baquedano que recibía instrucciones de aquél y gestiona la sociedad por cuenta de Arturo Romaní . La sociedad Trycoum , también domiciliada en la misma calle , estaba participada mayoritariamente por la sociedad Veliades Holding establecida en Suiza . Con la suscripción de acciones de la ampliación de capital, Servicios y Recursos, S.A. se hizo con el 99,9 % de la sociedad Apolo.

La sociedad Apolo, hasta el momento de la ampliación de capital administrada por Elena García Baquedano , lo fue a partir de entonces por José Luis Fuertes Suárez, persona de confianza de Mario Conde y Arturo Romaní , pero sin que llevase la efectiva gestión de la sociedad, que fue asumida realmente por Francisco de Asís Cuesta Moreno, administrador de sociedades patrimoniales de Mario Conde .

El objeto de la citada ampliación de capital fue la adquisición de las fincas propiedad de María Lourdes Arroyo Botana en Pollensa (Mallorca). Así el 16-3-94 se

celebró contrato de compraventa entre María Lourdes Arroyo Botana, concurriendo al citado acto en su propio nombre, y José Luis Fuertes Suárez, en nombre de Apolo, Inversiones y Servicios, S.L. El objeto de la compraventa fue las cuatro fincas sitas en Pollensa, Baleares, por un importe de 420.000.000 ptas. Apolo, en pago, entregó a la vendedora un cheque por importe de 420.000.000 millones de pesetas, que tenía su origen en el préstamo de la sociedad Data. ese cheque fue ingresado en la cuenta corriente n.º. 00-034-002562-5 perteneciente al acusado Mario Conde Conde y su esposa María Lourdes Arroyo Botana, obteniendo así liquidez con cargo a los fondos de data Transmision System. Este dinero fue destinado por el acusado a suscribir una ampliación de capital en Los Carrizos de Castilblanco S.A que tuvo lugar el 11 de abril de 1994. Para ello, con cargo a la cuenta citada, se hicieron tres cheques de fecha 21-3-94 los números 4829.340-5 (86.221.907 ptas.), 4829.341-6 (180.000.000 ptas.) y 4829.342-0 (150.000.000 ptas.), todos al portador, los cuales fueron compensados en el Barclays Bank, el 21.III.1994, en la cuenta corriente n.º. 00001501704 abierta a nombre de Los Carrizos de Castilblanco, S.A.

María Lourdes Arroyo continuó en el disfrute de la finca tras la enajenación a Apolo Inversiones y Servicios, que arrendó la finca adquirida por un importe aproximado de 700.000 pesetas mensuales.

Constan las siguientes relaciones de la sociedad Servicios y Recursos y sociedades del grupo de Luis Blasco Bosqued con los acusados Mario Conde Conde y Arturo Romaní Biescas y con Banesto : a) Como se relatará más abajo, Servicios y Recursos S.A. vendió acciones de Oil Dor a Corporación en julio de 1992; b) Corporación de Asesores Financieros vendió al grupo Banesto el 20 de enero de 1992, por 100.000.000 pesetas, una opción sobre acciones de Antena 3 de Televisión que había adquirido, menos de un mes antes, por 50.000.000 pesetas; c) Corinem, S.A., fue utilizada como fiduciaria para la adquisición del 50% del semanario Época; d) El 2 de diciembre de 1993, una filial de Corporación Banesto, Invacor, S.A., concedió a Aguaslimpias, S.A. un préstamo de 400.000.000 pesetas, cantidad con la que se suscribió una ampliación de capital de Corinem, que, a su vez, destinó esa suma a la adquisición de 277 Biblias que, con financiación del grupo Banesto, había editado la Fundación de Amigos de Sefarad ; e) Corporación de Asesores Financieros intermedió a finales de 1989 en la compra por Banesto de los locales de la calle Torregrosa. como expondremos más abajo en la operación locales comerciales ; f) en diciembre de 1994, Corporación de Asesores Financieros compró a los tres hijos de Arturo Romaní un piso sito en la C/ Isaac Peral n.º 6 de Zaragoza que había sido heredado por Arturo Romaní y donado posteriormente a sus hijos.

6) Con cargo a la cuenta que Gay Cordón tenía en Bandesco en Madrid, el 17 de marzo de 1994 fue emitido un cheque por importe de 40 millones de pesetas que fue ingresado en la cuenta 00001501844 del Barclays Bank S.A. de la que era titular Mobiliaria de Castilla, S.L., sociedad de Mario Conde. Este cheque fue ingresado junto con otros dos más librados por la sociedad Montilsa, de la que se hablará más abajo, haciendo un total de 180.000.000 de pesetas. De esta cantidad dispuso el acusado Mario Conde Conde mediante otro cheque expedido el 21 de marzo de 1994, que fue compensado por el Banco Urquijo, e ingresado en la cuenta de crédito n.º 3.000275.1, abierta a su nombre.

7) Arturo Romaní se aprovechó de los fondos de Data a través de alguna de sus sociedades . Así, la sociedad Apolo, Inversiones y servicios, S.L., recibió préstamos por importe de 150 millones pts, procedentes de Data , 84 millones, procedentes de Gay Cordon, más 300 millones de pesetas, procedentes de Montilsa, de la que luego se dirá . Apolo dispuso de las cantidades así obtenidas de la siguiente forma : prestó 10 millones de pesetas a Arturo Romaní, a título personal ; concedió dos préstamos por importe total de 295 millones de pesetas a la sociedad Longanor, S.A. ; 160 millones a Inversiones Rondonopolis ; 36 millones a Tropicana; y 43 millones a Servicios Siracusa , sociedades todas ellas pertenecientes a Arturo Romaní.

En el mes de octubre de 1993 las sociedades dichas devolvieron a la sociedad Apolo parte de los fondos que habían recibido en concepto de préstamo . Los fondos necesarios para esa amortización se recibieron en una ampliación de capital en la sociedad Longanor . El origen de este capital estuvo en la transferencia de 590 millones de pesetas que la sociedad Montilsa, de la que luego se dirá, realizó a la sociedad Veliades Holding, establecida en Suiza el 10 de mayo de 1993 . La transferencia se realizó con cargo la cuenta que la sociedad Montilsa tenía abierta en el Banco de Comercio, en la que habían sido ingresada la cantidad facturada por Montilsa a Dorna S.A. de 985.016.000 pts. procedente de la venta de su participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina al que nos referiremos más abajo .

La sociedad Veliades Holding habilitó a la sociedad filial Espolca B.V, la cantidad necesaria para aportar capital en la ampliación de capital realizada por la sociedad Longanor S.A. Así, el 20 de septiembre de 1993 Espolca suscribió capital y aportó a Longanor la cantidad de 490 millones de pesetas que previamente había recibido de la sociedad Montilsa .

Los fondos así percibidos por la sociedad Apolo permitieron a su vez a esta sociedad devolver los préstamos que había percibido de Data y Montilsa.

III. CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA

1. Siendo Presidente del Banco Español de Crédito el acusado Mario Conde, la entidad mantuvo estrechas relaciones comerciales con el “ grupo Dorna ”, integrado por una diversidad de sociedades gestionadas por los hermanos Carlos Manuel García Pardo y Manuel Carlos García Pardo . Entre ellas, las siguientes :

El día 4 de Octubre de 1989, Banesto firmó un contrato con la sociedad “Consultores Asociados”, del grupo Dorna , para que esta última llevara a cabo una valoración económica de determinados activos del Banco, lo que se ejecutó realizando por profesionales varios un estudio de las sucursales de la entidad expandidas por todo el territorio nacional . Como consecuencia de este contrato la sociedad Consultores Asociados facturó a Banesto , hasta 1993, una cifra superior a los 1.000 millones de pesetas .

Durante el año 1990 se desarrollaron unas operaciones fiduciarias por la cuales sociedades del grupo Dorna figuraron como titulares meramente formales de acciones de empresas propietarias de medios de comunicación. Así, Consultores Asociados tuvo por cuenta de Banesto una participación de 931 acciones de Ediobser S.A editora en aquellas fechas del diario El Independiente. Otra sociedad filial del grupo Dorna, "Publicaciones y Proyectos", fue titular formal por cuenta de Banesto en virtud de una relación de fiducia de un 4,5 % de las acciones de Unidad Editorial SA, editora del diario EL MUNDO.

La sociedad DORNA S.A facturó en 1991 a Banesto la cantidad de 1191 millones pts por "consulting en obras de remodelación de oficinas".

A propuesta de Mario Conde, y con voto favorable de los también acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, éste mayor de edad y sin antecedentes penales, en la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto, celebrada el día 26 de Marzo de 1991, se designó a Carlos Manuel García Pardo como Consejero de ELERCO S.A., sociedad participada mayoritariamente por la Corporación Industrial Banesto.

En el contexto de las relaciones planteadas entre Banesto y el grupo Dorna, se decidió una inversión de Banesto en la sociedad DORNA PROMOCION DEL DEPORTE S. A., dedicada a la promoción y comercialización de medios publicitarios en el deporte, y que en aquellas fechas tenía un capital social de 100 millones pts, de los cuales 98 estaban desembolsados con cargo a reservas. Esta sociedad había sido valorada, a instancia de Carlos Manuel García Pardo, por la sociedad AB Inversiones Bursátiles en julio de 1989 en la cantidad de 10.505 millones de pesetas. Tras las correspondientes negociaciones, el 28 de Septiembre de 1990 el Consejo de Administración de la Corporación Industrial Banesto acordó la compra de un 50% de la sociedad por un precio de 10.050 millones de pesetas, llevándose a efecto la compra el día 2 de octubre de 1990 mediante contrato suscrito entre la Corporación Industrial Banesto S.A., representada por Arturo Romaní, y la sociedad Meridio SA, tenedora en ese momento de las acciones de Dorna Promoción del Deporte. En el referido contrato se fijó la cantidad de 8.150 millones de pesetas, correspondientes a un precio de 201.235 ptas por acción, aunque el precio fijado a las mismas por un experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil fue de 1.100 ptas por acción. Los acusados manejaron un informe de valoración realizado por la sociedad American Appraisal, que valoró la sociedad en 34.000 millones de pesetas, refiriéndose la valoración a fecha 31 de diciembre de 1991, más de un año después de la compra, por la Corporación, de la sociedad.

Además de aquellas suma de 8.150 millones de pesetas, hasta completar el precio establecido por la adquisición de 10.050 millones pts, se acordó la suscripción por la Corporación de acciones emitidas en una ampliación de capital por valor de 1900 millones de pesetas.

Del total precio satisfecho por la Corporación, 5.400 millones de ptas. se pagaron con 1.469.388 acciones de Banesto, de las cuales 81.250 pertenecían a GAY CORDON S.L, y las otras 1.388.138 acciones pertenecían a la Compañía Auxiliar de la construcción

“Sansón ” . En esta operación intervino como intermediaria la sociedad francesa “Société Phoenix Provence”, cuyo propietario no ha podido ser suficientemente identificado, y que obtuvo una remuneración de 742 millones ptas. a costa de Banesto.

3. Los hermanos Carlos Manuel y Manuel Carlos García Pardo, dentro de su iniciativa empresarial, decidieron la puesta en marcha de un negocio relativo a la instalación de un Centro Comercial en la denominada “ esquina del Bernabeu ” , en la calle Concha Espina de Madrid , junto al estadio del Real Madrid Club de Futbol. A tal fin, el 1 de Junio de 1989 se firmó un contrato de arrendamiento entre el Real Madrid C.F. e INMOBILIARIA BLASCO BE GARAY 64 , S.A. (en adelante IBG) , propiedad de los hermanos García Pardo, por el cual el R.Madrid CF arrendó a IBG las construcciones a realizar en el solar de su propiedad, cediendo su uso y explotación por un plazo de 20 años a contar desde el día de finalización de la edificación proyectada ; como precio de ese arrendamiento se fijaron diversas entregas en metálico que debía hacer IBG durante los años 1989 a 1991 por un total de 1.175 millones ptas. y además esta sociedad tenía que costear la construcción de centro comercial.

El día 12 de Julio de 1989, IBG, representada por Manuel Carlos García Pardo , y otra sociedad del mismo grupo, DORNA S. A , representada por Carlos Manuel García Pardo , suscribieron un contrato de “cuentas en participación” por el que la primera cedía a esta última un 48% de las referidas cuentas , estableciéndose que el cuentapartícipe cooperaría proporcionalmente en la financiación propia o ajena del negocio y que IBG se reservaba la posición de gestor a cambio de una remuneración por esa gestión del 10% de los ingresos brutos del centro comercial. En esa misma fecha del 12 de julio de 1989 se suscribió otro contrato entre las mismas partes, por el cual IGB cedió a Dorna S.A. otro 6% de “cuentas en participación” .

En esa fecha, las sociedades denominadas MARTIN SERRANO S.A. y ESPECIALIDADES DE INGENIERIA S.A. (ESPINSA), tenían una participación en las “cuentas” del 1,8 % y 1,2 % respectivamente. El 1de agosto de 1989, las ya citadas sociedades Martín Serrano SA (1,8 %) y ESPINSA (1,2 %) vendieron su parte en las “cuentas en participación” a la sociedad Dorna Promoción del Deporte por 125.417.000 ptas. y 86.128.000 ptas. respectivamente, que de este modo recibía en total el 3% de las “ cuentas ”.

4. El día 12 de Julio de 1989, IBG cedió un 19% de “cuentas en participación” a una sociedad perteneciente al acusado Rafael Pérez Escolar denominada SAN ANTON DEL ESPINO S.A. , sin que haya resultado acreditado que lo fuera en concepto de retribución de servicios profesionales prestados por este acusado. En el contrato por el que se articula esta cesión se convino su confidencialidad , la aportación de capital por el cuentapartícipe cuando fuera requerido para ello la cooperación del cuentapartícipe en la obtención de financiación propia o ajena para la marcha del negocio y el establecimiento de unos honorarios de gestión que se reservaba IBG del 10% de los ingresos brutos del Centro comercial. Con posterioridad al contrato de 12 de julio se otorgó otro contrato entre las mismas partes de fecha 1 de marzo de 1990, en el que se expresaba como fundamento de la cesión del 19 % de cuentas en participación la remuneración al acusado Pérez Escolar por

unos servicios profesionales de asesoramiento jurídico para el inicio y desarrollo del negocio del Centro comercial , no quedando acreditado que esos servicios se prestasen efectivamente.

La participación del 19% de la Sociedad San Antón del Espino S.A , que poseía desde el contrato de 12-Julio 1989, fue cedida, sin contraprestación , en un 50% a la sociedad CIFUENTES 2000, del grupo familiar del acusado Pérez Escolar y en otro 50% a INVERSIONES SANFERGO S.A. sociedad perteneciente al acusado Fernando Garro Carballo , mayor de edad y sin antecedentes penales y representada en esa ocasión por José Luis García Trabanco . La cesión se realizó mediante una cláusula adicional al contrato de 12 julio de 1989 , que se firmó por los interesados el día 4 de Febrero de 1991.

La sociedad INVERSIONES SANFERGO SA se constituyó a finales del año 1987 y perteneció inicialmente al acusado Mario Conde , siendo su administrador Luis Alfonso Díaz Orueta. El 23 de marzo 1990 fue adquirida por Fernando Garro a través de José Luis García Trabanco , quien posteriormente se la transmisión a la esposa de Fernando Garro Virginia López -Chicheri Dabán, designándose como Administrador único al ya citado José Luis García Trabanco.

El día 19 de diciembre de 1991, con la finalidad de ocultar la verdadera titularidad de Inversiones Sanfergo S.A. , una sociedad dominada por Fernando Garro, la británica ELY SIPE , adquirió el 94% de Inversiones Sanfergo por un precio de 9.400.000 ptas. La sociedad Ely Sipe estuvo representada en este acto por Mohamed Kreaa, continuando como administrador de Inversiones Sanfergo José Luis García Trabanco, que permaneció en ese puesto hasta el año 1994, fecha en la que fue sustituido por Borja Oñate Clemente de Diego, esposo de Francisca Martínez Castejón , secretaria personal de Fernando Garro y al que éste le había facilitado el puesto de trabajo.

5. Los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, utilizando una sociedad denominada GESTION DE TITULOS Y SERVICIOS SA (GESTIESA), que con posterioridad se convirtió en la sociedad APOLO INVERSIONES Y SERVICIOS SA , adquirieron un 29% de estas cuentas, sin que se abonase cantidad alguna por la cesión . Esta sociedad GESTIESA cedió con posterioridad esa participación del 29% a la sociedad MONTILSA .

La sociedad MONTILSA S.L. , domiciliada en la C/ pedro Romero nº 8 de Madrid, se constituyó el 31-10-1990 por la sociedad G.V GESTION, siendo su inicial administrador Ignacio Olaso Yon. La sociedad Montilsa S.A. permaneció totalmente inactiva hasta que fue adquirida el 25 de octubre de 1991 por la sociedad suiza VELIADES HOLDING, de la que era administrador Peter Schwarz , la que adquirió la totalidad de las acciones de Montilsa en contrato en el que resultó representada por Alfredo Solana Pérez , designado administrador de Montilsa por un corto periodo de tiempo. Tras él fue designado administrador Alfredo García Ramos, persona de confianza de Arturo Romaní y padre de Elena García Baquedano, su secretaria particular y que había accedido a figurar como administradora en otras sociedades controladas por Arturo Romaní . Con posterioridad fue designada administradora única Susana Sánchez Herrero , también secretaria de Arturo Romaní y, posteriormente , María Jesús Pérez Sánchez que también trabajaba en el despacho profesional del acusado

Arturo Romaní en la calle Conde de Aranda nº14 de Madrid. Los acusados Mario Conde y Arturo Romaní tenían a su disposición los fondos que llegaron a esta sociedad Montilsa de la operación del Centro Comercial Concha Espina que se relata a continuación .

6 . El total de las cuentas en participación que aparecerían documentalmente cedidas por IGB superaba el 100 % , en cuanto la sociedad DORNA S.A había recibido el 54% (48%+6%), Dorna Promoción Del Deporte S.A. el 3%, San Antón del Espino S.A el 19%, GESTIESA , el 29% y Puerta Cerrada S.A el 4%, sumando todas las participaciones el 109 %.

7. La sociedad Inmobiliaria Blasco de Garay 64 subrogó con fecha 14 de septiembre de 1990 a la SOCIEDAD CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA S.A, constituida por los hermanos García Pardo , en los derechos que otorgaba a la primera el contrato de 1 de julio de 1989 , respetándose las “cuentas en participación” distribuidas hasta entonces . El 1 octubre de 1990, la sociedad Centro Comercial Concha Espina firmó un contrato con la sociedad Dorna S.A., del mismo grupo empresarial controlado por los hermanos Garcia Pardo , en virtud del cual ésta sociedad se encargaría en lo sucesivo de la gestión, administración y explotación del centro comercial , recibiendo por ello un 10% de los ingresos brutos del Centro Comercial .

8. Para el desarrollo del negocio proyectado, la sociedad Centro Comercial Concha Espina (CCEE) , favorecidas sus relaciones con el Banco por las existentes entre los hermanos García Pardo y los administradores del banco y por relaciones comerciales que se estaban gestionando , como la adquisición por la Corporación de Dorna Promoción del Deporte S.A., recibió financiación de Banesto , no aportando los “cuentaparticipes” apoyo económico para el desarrollo del negocio en el que se participaba . Así, el 15 de noviembre de 1990 , Banesto concedió un crédito a CCCE por importe de 550 millones ptas; el 23 de noviembre de 1990 Banesto otorgó un aval a CCCE por importe de 785 millones ptas para garantizar los pagos en metálico que había que hacer al R.Madrid C.F.; y , por último, el 8 de febrero de 1991 se suscribió un contrato de apertura de crédito con un límite de crédito de 2.700 millones de ptas., con la finalidad de que CCEE obtuviera recursos para la construcción y explotación del centro comercial y que se prestó con la garantía de los derechos derivados de ese contrato con el R. Madrid.

9. En tal situación , habiendo tomado participación los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, Rafael Pérez Escolar y Fernando Garro en el negocio del Centro Comercial, los acusados decidieron , con la finalidad de obtener beneficio patrimonial, vender a la Corporación Industrial sus respectivas participaciones que habían recibido gratuitamente sin contraprestación . El asunto fue llevado a la reunión de la Comisión Ejecutiva de Corporación del día 26 de septiembre de 1991 con la siguiente composición : además de los acusados Mario Conde , Arturo Romaní y Rafael Perez Escolar, asistieron , José Luis de Oriol e Ybarra , Juan José de Abaitua e Ingunza, Enrique Lasarte y Pérez- Arregui , Paulina Beato Blanco y Cesar Albiñana Cilveti . En la reunión , tras exponerse por el Sr. Eizmendi , Director General de Corporación , la inversión proyectada , se dió cuenta de un informe de valoración realizado por la sociedad American Appraisal de 21 de agosto de 1991

, que había sido confeccionado sobre la base de datos facilitados exclusivamente por la parte vendedora . En este informe se estimaba un “ valor presente de los flujos de caja previsibles ” en 3.944 millones de ptas ,

En la reunión no fueron informados los demás miembros de la Comisión Ejecutiva del interés personal que en el negocio tenían los citados acusados, y estos , a pesar de tener la voluntad de vender a la Corporación las cuentas en participación que habían recibido, no advirtieron a los demás miembros de la Comisión Ejecutiva que la inversión se haría adquiriendo cuentas en participación, y no mediante la forma acostumbrada de adquisición de acciones de la sociedad titular del negocio . De este modo , los acusados obtuvieron de la Comisión Ejecutiva un acuerdo favorable a sus pretensiones , logrando que se aprobara “ autorizar la inversión en Centro Comercial Concha Espina S.A., valorando con carácter máximo dicha sociedad en 3.800 millones de pesetas y a tal fin facultar al Consejero Delegado para que proceda negociar, en los términos más convenientes, con Centro Comercial Concha Espina la entrada de Corporación Banesto en su estructura accionarial en igual proporción a la que detenta en Dorna Promoción del Deporte S.A.”. En esas fecha era Consejero delegado Arturo Romaní .

Una vez adoptado el acuerdo de la Corporación en el Centro Comercial , y conocido por el acusado RAFAEL PEREZ ESCOLAR el precio autorizado para la adquisición , vendió a la sociedad Dorna S.A. el 2 de octubre de 1991 , antes de la efectiva adquisición por Corporación , un 4,5% del total del 9% de “cuentas en participación” que dominaba a través de su sociedad CIFUENTES 2000. El precio pagado por esta última ascendió a 178.155.000 pts. . La sociedad PUERTACERRADA SA, también vendió a Dorna S.A. , en 7 de octubre de 1991, el 4% que tenía de “cuentas en participación” por un precio de 150.000.000 ptas.

El resto de los acusados vendieron sus participaciones después de que la compra por la Corporación se hubiera hecho efectiva, la que tuvo lugar el 25 de Octubre de 1.991. Arturo Romaní , que había obtenido autorización de la Comisión Ejecutiva para negociar en las condiciones más favorables la entrada de la entidad en la “estructura accionarial” del Centro Comercial Concha Espina , en uso de las facultades de administración que tenía delegadas acordó la compra de “cuentas en participación”. De este modo se firmo un contrato en el que se establecía que DORNA “cede y transmite” a la Corporación Industrial un 14,5% del negocio del centro comercial y ello mediante la subrogación por la Corporación Banesto en las “cuentas en participación” que en ese momento - y según se afirma en el contrato - estaban en poder de DORNA, quien a su vez se comprometía a adquirir otro porcentaje del 33,5% de “cuentas” para transmitir las a la Corporación antes del 31 de diciembre de 1991, hasta alcanzar la toma de participación en el negocio del 48 % que había sido convenida. Ello formaba parte del plan establecido , conforme al cual los acusados ocultarían su participación en el negocio y el interés en la venta a Corporación interponiendo a la sociedad Dorna S.A. Esta sociedad no disponía del porcentaje necesario para transmitir a la Corporación el porcentaje convenido , por lo que tenía que adquirir de los acusados la parte correspondiente, excepto de Rafael Pérez Escolar que había transmitido con anterioridad la mitad de ls cuentas que poseía .

A pesar de quedar aplazada la transmisión de una parte de las cuentas en participación, el mismo día 25 de octubre de 1991, sin previo sometimiento a la Comisión Ejecutiva, la Corporación administrada en el negocio por Arturo Romaní, en virtud de las facultades conferidas, abonó la totalidad del precio estipulado, que ascendió a 1.776 millones de pesetas, desglosados en 536.494.000 ptas. por el 14,5 % de las “cuentas” y 1.239.200.000 ptas. por el 33,5 % restante que todavía no había recibido. Al haber adquirido cuentas en participación y no acciones, de acuerdo con el plan establecido, el acusado Arturo Romaní aceptó que la gestión, dirección y administración del Centro Comercial fuera llevada por Carlos M. García Pardo, a pesar de que Corporación era titular del 50% del negocio.

De acuerdo con lo planeado, y habiendo sido habilitados los fondos necesarios para el abono de precio a los hermanos García Pardo por el pago anticipado de la Corporación, el día 5 de noviembre de 1991, la sociedad MONTILSA, controlada por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, vendió el 29% que tenía de las “cuentas en Participación” a DORNA S.A por un precio de 1.103.218.928 ptas, de las que 118.202.029 pts. correspondían al IVA. Así los dos acusados mencionados, a través de Montilsa, consiguieron un beneficio de 985.016.900 pts, en cuanto habían obtenido gratuitamente la participación en el negocio.

La sociedad INVERSIONES SANFERGO, participada ya mayoritariamente por la sociedad británica ELY SIPE, en la forma que ha quedado expuesta, y representada por cuenta de Fernando Garro por Jose Luis García Trabanco, vendió a Dorna SA, el día 26 de diciembre de 1991 un 4,5% de las “cuentas en participación”, del total del 9% de las que era titular, por un precio de 178.155.000 ptas., beneficiándose el acusado Fernando garro en este importe al no realizado desembolso alguno para la adquisición de las cuentas en participación.

10. El 23 de Diciembre de 1994 y ante las deudas que Centro Comercial Concha Espina mantenía con Banesto, cuantificadas en 4.921 millones de pesetas, como consecuencia de la entidad de crédito había financiado en la forma expuesta el desarrollo del negocio, se firmó un contrato entre ambas entidades por el cual Banesto se adjudicaba el contrato suscrito en su día con el Real Madrid C.F y con ello se daban por saldadas esas deudas que ascendían a 4.921 millones de pesetas. Con la adjudicación del contrato con el Real Madrid C.F, y la cancelación de las deudas, la sociedad C.C.C.E quedaba sin su único activo y sin valor alguno las cuentas en participación.

11. La Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1776 millones de pesetas.

12. Los acusados Mario Conde y Arturo Romaní dispusieron de los fondos obtenidos por la sociedad Montilsa.

El 17 de marzo de 1994, además del préstamo procedente de Gay Cordon, al que hemos hechos referencia, se emitieron dos cheques por Montilsa, por un importe conjunto de 140.000.000 pesetas, que con el anterior fueron ingresados el mismo día en la cuenta

corriente 00001501844 del Barclays Bank, abierta a nombre de la sociedad Mobiliaria de Castilla, S.L. , sociedad propiedad de Mario Conde y cuyo activo principal era la sociedad Industrias Cumaria, S.L., que, a su vez, tenía como actividad ser la propietaria del yate "Alejandra II". Quedó asimismo acreditado que el importe de los tres cheques recibidos por Mobiliaria de Castilla de Gay y Montilsa, que ascendía a 180.000.000 pesetas, se dispuso el 21 de marzo de 1994, mediante cheque firmado por Luis Alfonso Díaz Orueta, que fue ingresado en la cuenta de crédito nº 3000275.1 abierta en Banco Urquijo a nombre de Mario Conde Conde . No se ha acreditado que esta cantidad hubiere sido devuelta a Montilsa ni que se hubieren pagado intereses como precio del prestamo . El 23 de marzo de 1994 Mario Conde Conde vendió a su esposa, María Lourdes Arroyo Botana, toda su participación en Mobiliaria de Castilla por 3.000.000 pesetas.

El 4 de enero de 1994 , Montilsa pagó en concepto de ventas a la sociedad Trycoun, S.A. , propietario de las acciones de Apolo Inversiones y Servicios, S.A., la suma de 28.750.000 ptas., que fue ingresada en la cuenta corriente nº 27432- 59 en el Banco del Comercio . El 20 de junio de 1994, con cargo a esa misma cuenta , la sociedad Trycoun pagó 22.000. 000 pts. a Proyectos Manantial, S.L. que le había facturado por algún bien o la prestación de algún serviciom más 3,3 millones en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, en total 25.300.000 pts. . Proyectos Manantial dispuso de este importe mediante cheque nominativo por 21.500.000 ptas. a favor de Arturo Romaní Biescas, en concepto de pago por servicios profesionales. La sociedad Proyectos Manantial era una sociedad controlada por Arturo Romaní, quien pidió a sus secretarias Elena García Baquedano y Rosa María Carreño Briz que asumieran la titularidad en un cincuenta por ciento cada una, rreservandose el el control de la sociedad . Esta sociedad erea la titular del despacho profesional de Arturo Romaní, sito en Conde de Aranda, 14 - 1º Dcha. de Madrid .

El 16 de marzo de 1994, Montilsa transfirió a Liechtenstein, por medio del Banco de Comercio , la cantidad de 401.045.598 pts. El acusado Arturo Romaní constituyó el 26 de septiembre de 1994 las sociedades PALMAROLA S.L., y LERCARA S.L., apareciendo como titulares María Jesús Sánchez Pérez y Rosa María Carreño Briz, al 50 % cada una, empleadas de Arturo Romaní. Esas sociedades se domiciliaron en la C/ Conde Aranda nº 14 de Madrid, siendo designada administradora única Elena García Baquedano. También adquirió Arturo Romaní , utilizando las mismas personas, el capital de la sociedad Informática de Decisión, Estudios y Aplicaciones, S.L. (I.D.E.A.). Con estas adquisiciones se pretendía por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní poder canalizar fondos de Montilsa que previamente habían sido transferidos al extranjero. Así, en respectivas ampliaciones de capital, la sociedad holandesa Skipper Enterprises, controlada por Veliades Holding , invirtió 100.000.000 pts. en Palmarola, S.,L. otros 100.000.000 pts. en Lercara S.L. y 150.000.000 pesetas en I.D.E.A .

Arturo Romaní se aprovechó de los referidos fondos de la siguiente manera: la sociedad I.D.E.A. invirtió 140 millones el 28 de septiembre de 1994 en la adquisición de acciones de Longanor S.A. Lercara S.L. invirtió 40 millones en una ampliación del capital de Inversiones Rondonópolis, de 70 participaciones, el 4 de noviembre de 1994, y el 5 de diciembre de 1994 compró a Longanor sus 306 participaciones en esta sociedad por 58

millones. Palmarola adquirió el 2 de diciembre de 1994 a Arturo Romaní Biescas su participación en Tropicana por el precio de 70 millones de pesetas.

IV. OIL DOR

1. El día 6 de Marzo de 1.991, se constituyó la sociedad Oil-Dor, con un capital social de 10 millones de pesetas, en la que, de manera directa o indirecta, a través de otras participaciones, tenían mayoría los hermanos García Pardo. Tenía como objeto social “ la explotación comercial de instalaciones de lavado de vehículos y mantenimiento de los mismos y la venta de lubricantes y accesorios para automóviles; la explotación de gasolineras y derivados del petróleo, en régimen de propiedad, arrendamiento, concesión o por cualquier otro título, así como la adquisición y compra de terrenos e instalaciones propias para el desarrollo de la actividad ”.

En el último trimestre de 1991, aprovechando las relaciones existentes entre los hermanos Carlos y Manuel García Pardo y los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, ya consolidadas por la aprobación de la entrada de la Corporación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina, autorizada por la Comisión Ejecutiva el 26 de septiembre de 1991, como hemos relatado, se entablaron conversaciones tendentes a la entrada de la Corporación en el capital social de Oil Dor. En Octubre de 1991 se amplió el capital social de la compañía en 190 millones de pesetas, pagándose sus acciones a su valor nominal, cifrado en 10.000 pesetas. Pero en esta ampliación no suscribió acciones La Corporación, aunque sí lo hizo el acusado Rafael Pérez Escolar, y su sociedad familiar Cifuentes 2000, aquél entonces Consejero y miembro de la Comisión Ejecutiva de la Corporación, y conocedor del estado de las negociaciones tendentes a la entrada de la sociedad en el capital de Oil Dor. El acusado Pérez Escolar y la sociedad familiar citada suscribieron por partes iguales 2000 acciones, lo que significaba un 10% de la sociedad y un desembolso total de 20 millones de pesetas, al precio de 10.000 ptas. la acción.

También suscribió capital en esa ampliación de capital en porcentaje del 4% Francisco González, a través de su sociedad F.G. Inversiones Bursátiles. Posteriormente Francisco González asumió el encargo de valorar el negocio de Oil Dor, conforme a lo solicitado por los hermanos García Pardo. Así, en noviembre de 1991, la sociedad F.G. Sociedad de Valores y Bolsa, realizó un estudio sobre el Plan de Negocio de Oil Dor para desarrollar en cinco años. En marzo de 1992 valoró la sociedad con vistas ya a la entrada de Banesto en el capital social de Oil Dor, por lo que la valoración dada se realizó con la perspectiva de maximizar en lo posible el precio del negocio para el vendedor. El valor dado al proyecto de Oil Dor por FG se cifró en 17.500 millones de pesetas, para el caso de que se cumplieran los objetivos establecidos, al haberse proyectado la construcción de 110 a 120 gasolineras. Para el año 1992 se planificó la entrada en funcionamiento al menos de 15 gasolineras, que estarían a pleno rendimiento en 1993, año en el que se finalizarían otras 20 estaciones. El cumplimiento de estos objetivos habrían de arrojar un beneficio para 1992 de 3.275 millones de pesetas. Al final del ejercicio, el negocio arrojó pérdidas por valor de 315 millones de pesetas. Para el año 1993 se preveían beneficios mínimos de 5.695 millones que podrían alcanzar incluso hasta los 9.372; al cierre del ejercicio se arrojaron pérdidas por valor de 1.436 millones de pesetas.

Con base en los datos contenidos en el informe de FG , American Appraisal realizó nueva valoración del negocio , para el caso de pleno rendimiento , en 14.621 pts.; esta valoración se apoyó en los datos suministrados por los gestores de Oil Dor, y en los flujos de caja futuros previsibles de acuerdo con el plan de evolución del negocio establecido. En el momento de esa valoración el cumplimiento del plan no se había producido al llevar un retraso de un año y no haber obtenido para la construcción de las estaciones de servicio proyectadas las correspondientes licencias administrativas. Incluso respecto de alguna de las proyectadas no se había adquirido aún el terreno para la instalación.

Conociendo los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar el estado de evolución del negocio, y el incumplimiento de los objetivos marcados en el Plan de desarrollo , animados por la voluntad de obtener un beneficio económico, presentaron ante la Comisión Ejecutiva de la Corporación la propuesta de invertir en Oil Dor, aportando en apoyo de la propuesta el informe de American Appraisal , pero sin exponer a los demás miembros de la Comisión Ejecutiva su interés personal en el negocio , ni la realidad de la deficiente evolución de los objetivos marcados . De este modo, confiados los miembros de la Comisión Ejecutiva en la bonanza del negocio presentada por los acusados, con apoyo de Carlos García Pardo e Ignacio Arrechea, Presidente y Director Financiero respectivamente del Grupo Dorna , quienes comparecieron a tal fin para exponer la viabilidad del negocio ante la Comisión, el día 2 de abril de 1992 se acordó facultar al Presidente para negociar en los términos más convenientes la incorporación de la Corporación en la estructura accionarial de Oil Dor, S.A., “ mediante una fórmula mixta de capitalización de la propia sociedad y de pago a sus actuales accionistas y en atención a la consecución de los objetivos identificados en el plan de negocio de Oil-Dor ”. A esa reunión de la Comisión Ejecutiva de Corporación asistieron, además de los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, Paulina Beato Blanco, José Luis Oriol Ibarra y Cesar Albiñana Cilveti . Con anterioridad, el 16 de Marzo, Rafael Pérez Escolar había sido nombrado Consejero de Oil Dor . Este acusado ocultó a los demás miembros de la Corporación esta circunstancia . Mario Conde y Arturo Romaní ocultaron a la Comisión la intención de participar en el negocio a través de las sociedades Montilsa y Servicios y Recursos,S.A.

2. Para realizar aquél beneficio, y tras la aprobación de la inversión por la Comisión Ejecutiva, los acusados, puestos de acuerdo con los hermanos García Pardo, planearon una ampliación de capital en Oil Dor , a la par, al precio de 10.000 pts. por acción, a pesar de conocerse que la Corporación había autorizado una inversión valorando el negocio en 12.000 millones de pesetas a 300.000 pts. por acción . El día siguiente a la reunión de la Comisión Ejecutiva, el 3 de abril, la Junta Universal de Accionistas de la sociedad autorizó la ampliación de capital en otros 200 millones la que tuvo lugar el 7 de mayo . Esta ampliación de capital permitió a los acusados tomar posición en la sociedad antes de la compra por Corporación . Así,

1) Mario Conde y Arturo Romaní lo hicieron a través de las sociedades Montilsa, que suscribió 3.332 acciones por 33.300.000 pts, y Servicios y Recursos, S.A. , que suscribió 100 acciones por 1.000.000 pts. Estas sociedades no eran accionistas con anterioridad a la suscripción de la ampliación .

2) *Rafael Pérez Escolar no solo suscribió la parte proporcional a la participación accionarial que tenía asumida, sino que la aumentó hasta el 11 % de la sociedad, suscribiendo las acciones sociedades de su entorno familiar : San Antón del Espino suscribió 500 acciones por 5.000.000 pts.; Santa Cruz de Bujedo 650 acciones por 6.500.000 pts; Las Jaras de San Luis , 450 acciones por 4.500.000 pts, y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis , 800 acciones por 8.000.000 pts .*

Tras la ampliación de capital y antes de la entrada de la Corporación en Oil Dor, la sociedad obtuvo financiación del banco de Vitoria con aval de la propia Corporación . A pesar de que en el Plan de negocio se estableció un endeudamiento “ 0 ”, la sociedad hubo de recibir una financiación total del orden de 4.000 millones de pesetas , de ellas 2233 millones por entidades financieras del grupo Banesto. De este modo no se cumplieron los compromisos asumidos por los accionistas de capitalizar la sociedad para prevenir un excesivo adeudamiento .

El día 12 de mayo Arturo Romaní , en su calidad de Consejero delegado de la Corporación , informó a la Comisión Ejecutiva el acuerdo alcanzado con los accionistas de Oil Dor S.A., valorando la sociedad en 12.000 millones de pesetas y fijando la adquisición en el 50 % por lo que la Corporación habría de abonar 6.000 millones de pesetas . Por Arturo Romaní se dio cuenta a la Comisión Ejecutiva del compromiso de los accionistas de Oil-Dor de capitalizar la sociedad, para preservarla del excesivo endeudamiento que pudiera comprometer el Plan de negocio elaborado. Los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar ocultaron a los demás miembros de la Comisión Ejecutiva que en la ampliación de capital habían tomado participación en el capital de OIL Dor. En esa reunión se acordó pagar al contado 3.000 millones pts. al formalizarse la operación y aplazar el resto del precio en atención a la consecución de los objetivos identificados en el Plan Estratégico de Oil Dor .

El acuerdo se formalizó el 30 de junio de 1992 . En contra de lo acordado por la Comisión, se abonó al contado la suma de 3.000 millones de pesetas, pero no se aplazó la otra mitad del precio, sino que se abonó en acciones de Banesto conforme a una cotización de 3000 pts. la acción . Al haberse establecido un pacto de compensación en caso de bajada de valor de la cotización, Banesto hubo de asumir un pago adicional, mediante la entrega de otro paquete de acciones, valorado en cerca de 1000 millones de pesetas.

3. *De acuerdo con el plan establecido por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní , el 30 de junio de 1992 Montilsa vendió a la sociedad Inversiones Redivere, de la familia García Pardo , su participación en Oil Dor , a un precio de 270.000 pesetas la acción (en total 899.640.000 pts.). De este modo, los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, a través de Montilsa, obtuvieron un beneficio de 866 millones pts. Inversiones Redivere consumiría más tarde su beneficio al vender la participación a la Corporación a 300.000 pts/ acción .*

Con posterioridad se consumó la venta del 50 % por parte de los hermanos García Pardo a la Corporación. Entre los vendedores figuraron : la sociedad Servicios y Recursos,

S.A. controlada por mario Conde y Arturo Romaní , que vendió toda su participación, obteniendo un beneficio de 29 millones . También fueron vendedores sociedades del grupo familiar del acusado Pérez Escolar: Santa Cruz de Bujedo, que obtuvo un beneficio de 188,5 millones, Aprovechamientos Agropecuarios, que lo obtuvo de 116 millones, Cifuentes 2000, de 58 millones, San Anton del Espino de 145 millones y Las Jaras de San Luis de 130,5 millones; de este modo, el acusado Pérez Escolar obtuvo un beneficio total de 638 millones pts.

4. En atención a las pérdidas que daba el negocio, el escaso valor patrimonial de la sociedad, cifrado en 36 millones de pesetas, y el fuerte endeudamiento, se diseñó un plan de viabilidad que comprendía una ampliación de capital de 7.000 millones pts. que tuvo lugar en 1993 en dos fases . La primera se llevó a efecto el 20 de septiembre 1993, por importe de 2.409,3 millones, que fue desembolsada en un 50% por Corporación (1.204 millones) y del resto, el 21,75% por Inversiones Revidere, propiedad de Carlos García Pardo (524,120 millones) y las sociedades de Rafael Pérez Escolar el 9% (217,020 millones) .

La segunda fase se llevó a efecto el 10 de Diciembre de 1.993, porf importe de 4.590,7 millones, y fue suscrita al 100% por Corporación Banesto, al no concurrir ninguno de los demás socios. Tras ésta ampliación de capital, la participación de La Corporación pasó de un 50% a un 81% . En ésta ampliación de capital las acciones volvieron a comprarse a 10.000 ptas. la acción, por lo que el único momento en que su precio se estableció en 300.000 ptas., fue cuando Corporación adquirió la participación de los accionistas de Oil Dor . según las cuentas aprobadas por la Junta de Accionista de Oil Dor, a 31 de diciembre de 1993 de Oil la sociedad tenía un valor 5.600 millones de pesetas , por lo que la Corporación habría perdido al menos la diferencia de valor hasta el importe de su total inversión , cifrada en 11.795 millones de pesetas, tras las sucesivas ampliaciones de capital.

V. CARBUROS METÁLICOS

1. En el año 1989, el Banco Español de Crédito tenía un 24,8 % del capital social de la Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A. , en adelante Carburos. De esta sociedad eran también accionistas otros bancos , en particular el Banco de Santander y como socio industrial la Compañía Air Products Canada Ltd, en adelante Air Products.

El día 10 de agosto de 1989 se emitió por Banesto , a través de su filial Banesto Finance Ltd. , deuda subordinada por importe de 130.000.000 dólares para su realización en los mercados internacionales. Asociados a los bonos representativos de la deuda se emitieron unos “ warrants ” al portador que otorgaban a su adquirente el derecho a comprar acciones de Carburos al precio de 10.230 pts. cada acción, estableciéndose como plazo para el ejercicio de la opción desde el 10 de agosto de 1990 hasta el 27 de julio de 1994 . Los warrants emitidos representaban el 18 % del capital de Carburos , un total de 2.028.000 acciones .

Los acusados Mario Conde y Arturo Romaní se pusieron en contacto con el acusado Jacobo Hachuel Moreno, mayor de edad y sin antecedentes penales, a fin de que éste adquiriera la totalidad de los warrants emitidos, lo que se efectuó por la sociedad EURIS S.A., gestionada en este acto por Jacobo Hachuel . Así, el 29 de junio de 1989, antes de la emisión formal de los warrants , se firmó entre Euris S.A. y el grupo Banesto un contrato de compromiso de compra de la totalidad de los warrants emitidos a un precio de 21,5 millones de dólares estadounidenses . Pero las partes convinieron la recompra por Banesto de esos warrants con posterioridad, pues se pretendía una tenencia temporal en Jacobo Hachuel por cuenta de Banesto .

En ejecución de los compromisos establecidos, la compra efectiva de los warrants por Euris tuvo lugar el 10 de agosto de 1989 , abonándose el precio estipulado de 21,5 millones de dolares, cuyo contravalor en pesetas ascendió a 2.541 millones de pesetas. El 9 de marzo de 1990, , conforme a lo convenido, el GRUPO BANESTO a través de su sociedad "CARTERA DE TÍTULOS S.A." (CARTISA) recompró a EURIS la totalidad de los "warrants" al precio unitario de 1.600 pesetas lo que suponía un total de 3.650.400.000 pesetas , obteniendo Euris y hachuel como contraprestación el valor de la plusvalía cifrada en 1.109 millones de pesetas . Como la cotización de la acción había descendido notablemente en la fecha de la recompra, hubo de ser provisionada el 100 % de la suma abonada por la recompra .

2. En los meses de enero y febrero de 1.990 se sucedieron varias reuniones entre Banesto, por parte de quien asistieron Mario Conde, Arturo Romaní y Rafel Pérez Escolar, y representantes de Air Products, los Sres. Macmahan y Sullam , con la finalidad de aumentar esta última su participación en el capital de Carburos; aquellas negociaciones comenzaron con un intercambio de cartas entre el Presidente de Banesto, Mario Conde , y el Presidente de Air Products, Sr. Wagner .

Como consecuencia de las conversaciones, el día 14 de marzo el sr. Sullam envió a Banesto un fax que contenía el borrador del acuerdo , en el que se proponía un contrato de opción de compra de 672.000 acciones de Banesto , estableciéndose un precio por unidad de opción de 2000 pesetas . El día 16 de marzo, firmado por Arturo Romaní se envió un fax aceptando el acuerdo. Con posterioridad se propuso por Air products una leve modificación del contrato a fin de que se sustituyera la palabra " warrant ", que había sido inicialmente utilizada en el primer borrador por la de " opción " , lo que fue aceptado por Banesto .

El día 4 de abril de 1990 se reunieron las partes para la firma del contrato definitivo por el que Air Products adquiriría el derecho a comprar 672.000 acciones de Carburos en las condiciones que se dirá . Por Banesto asistieron los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, y por Air Products, los sres. Macmahan y Sullam .

Conforme al contrato firmado , AIR PRODUCTS adquirió de BANESTO el derecho a poder comprar las citadas acciones al precio de 10.230 pesetas cada acción, estipulándose como precio por unidad de opción de 2000 pts, en total la cantidad de 1344 millones de pesetas, a razón de multiplicar 2.000 pts. por 672.000 acciones . El plazo para el ejercicio de la opción se fijó hasta el 27 de julio de 1994. Estas condiciones habían sido puestas por

banesto en atención a que eran las mismas condiciones de la emisión de warrants del año 89. Fueron aceptadas por Air Products porque no les interesaba tanto las condiciones económicas de la opción de compra como los pactos adicionales que le otorgaban ventajas de orden político o de gestión de la sociedad .

Así, se acordó que el derecho de voto de las acciones y títulos de Carburos asociados a la opción, sería ejercido por Banesto durante el período establecido para el posible ejercicio de la opción, pero siempre de conformidad con las órdenes e instrucciones que se recibiesen de Air Products; igualmente se pactó que , de no aprobarse en junio de 1990 determinadas modificaciones estatutarias en Carburos , Air Products podría rescindir el contrato de opción suscrito con BANESTO. Además obtenía el derecho a la modificación de los estatutos de Carburos para reforzar tanto los quorums como las mayorías, tanto en la Junta como en el Consejo, en la adopción de determinados asuntos de importancia.

3. Los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar habían planificado que la cantidad convenida como precio de las opciones, que ascendía a 1344 millones de pesetas , no debía ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza. No queda acreditado que el acusado Mario Conde, aunque participó en las negociaciones iniciales relativas a la opción de compra a favor de Air Products, tuviere participación en los acontecimientos posteriores que se van a relatar .

Conforme a lo planificado, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, se pusieron en contacto con el también acusado Jacques Hachuel, a fin de que éste recibiera el pago de Air Products en Suiza a través de una sociedad de Hachuel . Con la intención de que no quedase rastro documental del pago que debía hacer Air products, y no pudiera ser detectado en el Banco al registrar el documento, Arturo Romaní, invocando razones de confidencialidad, logró que los representantes de Air Products presentes en la firma del contrato accediesen a suprimir la referencia a las 2000 pts. por opción , pero no se omitió , al no percatarse de ello los referidos acusados , una cláusula por la cual en caso de rescisión Banesto se obligaba a devolver a Air Products el precio de la opciones.

Al mismo tiempo, de acuerdo con la planificado por los acusados Rafael Pérez Escolar y Arturo Romaní , éste indicó a los representantes de Air Products que el pago debía hacerse en la cuenta del "N.M. Bank, de Ginebra (Suiza) a la referencia de "Doctor Peter Widmer-Bufete Hamburger Ackermann". Siguiendo las instrucciones recibidas, pero debiendo hacerlo en moneda distinta de la española , el 6 de abril de 1990 Air Products realizó un ingreso en francos suizos por un total de 18.578.933 Fr. CH, equivalente al cambio oficial con la peseta en aquella fecha a los 1344 millones pts. acordados. El bufete "Hamburguer-Ackermann", a través de Peter Widner transfirió esa cantidad a la cuenta de la sociedad MARIELLA REAL ESTATE HOLDING ESTABLISHMENT, en adelante Mariella, con sede en Vaduz (Principado de Liechtenstein). Recibidos los fondos por Mariella, esta sociedad retuvo para sí, y en consecuencia en favor de Jacobo Hachuel, la cantidad de 1.730.000 Fr. CH –producto de su participación- y el resto (17.099.453 Fr. CH) fue entregado a un tercero, Peter Schwarz, que a su vez lo puso en poder de Hans Gasner, que en dos cheques por importes respectivos de 14.856.016 Fr. CH y 2.243.437 Fr. CH. fueron

posteriormente depositadas en una cuenta bancaria de la "Levis Foundation", en Liechtenstein .

4. Tras realizar el pago los representantes de Air Products intentaron reiteradamente obtener recibido justificativo de parte de los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar, , los que , con la finalidad de que no se hiciera público el pago de Air Products lo negaron sistemáticamente, ofreciendo en su lugar un documento , preparado por Rafael Pérez Escolar, en el que apareciese la relación de Air Products con el despacho Hamburguer Ackermann , que fue rechazado por los representantes de Air Products . Estos últimos desistieron finalmente de continuar exigiendo el recibo .

VI. LOCALES COMERCIALES

1 . El acusado Fernando Garro Carballo, mayor de edad y sin antecedentes penales, ocupaba desde 1989 el cargo de Director General del Banco Español de Crédito. En función de los cometidos que le fueron asignados, estaba autorizado por el banco para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes . Aprovechando tales facultades, planeó obtener un beneficio económico con ocasión de determinadas adquisiciones de locales para uso comercial y naves para almacén , que se describirán más abajo , resultante del mayor precio contabilizado en el Banco, que no se correspondía con el realmente estipulado en cada compraventa, notablemente inferior . De este modo, el acusado ocultaba al Banco que el coste de adquisición de los locales había sido en realidad inferior a los pagos ordenados, obteniendo así el acusado la disposición del sobrante , que no se reintegró al patrimonio del banco. A tal fin, Fernando Garro autorizó cada una de las compraventas y ordenó a los apoderados correspondientes la emisión de cheques al portador con la finalidad de ocultar la identidad del receptor y el destino último de los fondos . Para la consecución de su plan, Fernando Garro contó con la colaboración de Tomás Allende Milans del Bosch , persona de su confianza, a quien encargó la búsqueda de locales y la recepción de los fondos que , pagados por Banesto, no tenían como destinatarios a los vendedores . Además, Fernando Garro utilizó la relación de confianza que le unía con Cándido Fernández Tendero, director de la oficina principal del Banco de Progreso en Madrid, para poder depositar en esa oficina parte de los fondos procedentes de este hecho , y poder utilizarlos bajo identidades supuestas en la forma que se dirá.

2. Se efectuaron en total seis operaciones de adquisición de locales, que discurrieron entre los meses de febrero de 1989 y Diciembre de 1990 . De acuerdo con el importe consignado en las correspondientes escrituras se pagó un precio de aproximadamente 997.000.000 ptas. Además del precio establecido en escrituras públicas , otra cantidad fue recibida por los vendedores como dinero complementario al consignado en escrituras , pero que querían mantener opaco . Al menos la cantidad de 1550 millones de pesetas no fue recibida por los vendedores de los locales y aquella suma quedó a disposición del acusado Fernando Garro .

Las operaciones realizadas fueron las siguientes :

a) Con fecha 28 de febrero de 1989 , Enrique Garde, subordinado de Fernando Garro, y por indicaciones de éste, firmó una propuesta de adquisición del Local sito en la C/ San Mario, 12 (Finca Pinar del Rey, nº A-1861 - Madrid) . Fernando Garro, ocultando el valor real acordado con los vendedores , establecido en 185 millones de pesetas , autorizó la propuesta y un precio de 276 millones de pesetas . La operación se elevó a escritura pública, consignando las partes un precio de 85 millones de pesetas, efectivamente recibido por los vendedores en la siguiente proporción : 20.500.000 Ptas. por Manuel Rodríguez de Tembleque Sánchez, propietario de $\frac{1}{4}$ parte del local y que actuó representado por su apoderado Faustino Fernández ; 64.500.000 Ptas. por José Rodríguez de Tembleque Fernández-Montes, propietario de $\frac{3}{4}$ partes del local y que actuó representado por su hijo Carlos Rodríguez de Tembleque Moreno. Además de este dinero recibieron los vendedores el resto del precio acordado, 100 millones de pesetas , sin constancia documental , abonados por Banesto en cheques al portador con los números 54811, 54812, 54813, 54814 y 54825 .

Como se había autorizado por Fernando Garro el pago de la suma de 276 millones de pesetas, la cantidad sobrante de 91 millones de pesetas quedó bajo su disposición, y fue entregada , conforme a lo convenido, a Tomás Allende . Éste recibió un cheque al portador por este importe, el nº 54818, que fue compensado en el Banco de Comercio. Tras diversas disposiciones en la adquisición de determinados bienes y otras cuyo destino no se ha acreditado , de aquella suma , se transfirieron 41.500.000 de pesetas al Banco del Progreso, a través de la compensación del cheque nº 154.353, para su inversión en diversos productos financieros , integrando, junto con otros fondos, una cuenta abierta por Fernando Garro utilizando identidades supuestas en la forma que luego se relatará.

b) Fernando Garro ordenó la compra del local para almacén, sito en la calle Fundadores nº 9 de Madrid. Siguiendo instrucciones de aquél , el día 18 de abril de 1989 se formuló por el Servicio de Obras del banco una propuesta de compra en la que se establecía un precio de 221.000.000 Ptas., conociendo el referido acusado que este precio era superior al que realmente se había acordado con los vendedores. Esa propuesta fue aprobada por Fernando Garro como Director General del Banco mediante su firma y el "Visto Bueno".

El día 20 de abril de 1989 se firmó la escritura pública de compraventa entre Banesto y los vendedores, los hermanos Gonzalo y Mariano Hernández Fernández, fijándose un precio de 62.500.000 ptas, correspondiente a la mitad del precio pactado por la adquisición. Así los vendedores recibieron además de esta suma otros 62.500.000 pts. .

Del total de cheques emitidos por el Banco, que importaban la cantidad de 221 millones de pesetas, los vendedores sólo recibieron 125 millones. La cantidad restante, esto es, 96 millones de pesetas, se pagó mediante el cheque al portador de Banesto nº 54831 que, con , conocimiento del acusado Fernando Garro, fue entregado a Tomás Allende y compensado por este en el Banco de Comercio. Esta cantidad quedó a disposición de Fernando Garro , realizando diversas disposiciones Tomás Allende con su autorización . Con cargo a dicha cantidad se emitió un cheque por importe de 45.000.000 Ptas que fue compensado en el Banco de Progreso, que pasó a integrar la misma cuenta referida en la operación anterior y de la que luego se dirá.

c) *Por orden de Fernando Garro Carballo , el Servicio de Obras del Banco formuló el 22 de junio de 1989 una propuesta de compra de unos Locales para almacén en la C/ Mesejo de Madrid (nº A-1866) en la que se establecía un precio de compra de 469.000.000 de pesetas , rectificado de forma manuscrita hasta quedar establecido en la cantidad de 445.500.000 de pesetas. Esta propuesta fue aprobada con el “Visto Bueno” y la firma del propio Fernando Garro, conociendo que el precio acordado con los vendedores era notablemente inferior .*

El día 4 de julio de 1989 se firmó la escritura pública de compraventa de estos locales entre los apoderados del Banco Español de Crédito y los vendedores, la Sociedad "Consortio del Envase Industrial, S.A.", fijándose en ella un precio de 240.000.000 de pesetas. Además de esta suma, y la cantidad de 14.400.000 ptas. como gastos por transacciones patrimoniales que también fueron abonados por el Banco, el Banco Español de Crédito emitió un cheque al portador (cheque nº 54.878), de fecha 4 de julio de 1989, por importe de 205.500.000 Ptas. que se entregó a Tomas Allende , que se contabilizó en Banesto en la Cuenta 1866.1111 como "complemento a la compra de locales para almacén en la C/ Mesejo".

Este cheque fue ingresado por Tomás Allende en el Banco de Comercio. Tras diversas disposiciones y cobros en efectivo , se emitió un cheque por importe de 80.500.000 que fue ingresado en el Banco del Progreso en la forma que se dirá.

d) *Siguiendo las ordenes dadas por Fernando Garro como Director General del Banco, la Subdirección General de Obras e Inmovilizado, presentó un informe de fecha 22 de diciembre de 1989, dirigido al propio Fernando Garro, para la compra de determinados locales con destino a almacén en C/ Torregrosa, en Madrid. El acusado Fernando Garro autorizó la compra en un importe de 800.000.000 ptas, más 12.600.000 ptas. correspondientes al Impuesto del Valor Añadido, en total, 812.600.000 , ordenando la emisión de cheques por este importe . Fernando Garro conocía que el precio estipulado con los vendedores era inferior, que había quedado establecido en 285 millones de pesetas, pretendiendo de este modo obtener la disponibilidad de la diferencia.*

La escritura pública de compraventa se firmó el 27 de diciembre de 1989 entre apoderados de Banesto y el vendedor, la sociedad Promotora de Obras S.A., representada por José M. de la Mora Cospedal. El precio fijado en la escritura pública fue de 105.000.000 ptas., cantidad que fue abonada por Banesto a los vendedores. Éstos recibieron además la suma de 180 millones de pesetas como dinero complementario al precio consignado en el documento público .

La cantidad restante hasta completar el total de cheques emitidos por Banesto , se distribuyó de la siguiente manera :

Tomás Allende recibió la suma total de 437.500.000 pts, obtenida mediante dos cheques al portador, los números 189.146 , por importe de 337.500.000 ptas., y nº 189.136 , por importe de 100.000 pts. Ambos cheques compensados por Tomás Allende en el Banco de Comercio.

Los cheques nº 189.141 por importe de 20.000.000 ptas., nº 189.142 por importe de 32.500.000 ptas. y 189.143 por importe de 25.000.000 ptas. fueron compensados en el Banco Hispano Americano en una cuenta a nombre de la sociedad de valores "FG Inversiones Bursátiles".

De las anteriores cantidades, la cantidad de 357.500.000 ptas. se pretendió justificar con un supuesto pago hecho a una sociedad instrumental radicada en Gibraltar, denominada "Shillington Investment" , de la que eran representantes María Dolores Arlandis y Robert Cockx y en virtud de opción de compra que esta sociedad tenía sobre esos locales, que en realidad no existió .

La diferencia de precio entre el realmente abonado y el escriturado , esto es, 695.000.000 ptas. (800 millones – 105 millones) se contabilizó en Banesto en la cuenta 1868.111 como "complemento compra fincas a Promotora de Obras S.A.".

e) El acusado Fernando Garro ordenó al Subdirector General de Obras e Inmovilizado Enrique Garde la compra de unas naves en la C / Zamora de la localidad de San Fernando de Henares . En cumplimiento de esta orden se elevó por el citado una propuesta de fecha 14 de Marzo de 1990 en la que se establecía un precio para la compra de 426.800.000 de pesetas, lo que fue autorizado y aprobado por Fernando Garro, quien conocía que este precio era superior al estipulado con los vendedores .

El 16 de Marzo de 1990 se firmó la escritura pública de compraventa entre apoderados de Banesto y Francisco Peñalver Castillo y Mariano Aladueña Pérez, como vendedores . El precio consignado en la escritura fue de 140.000.000 pts, abonados a los vendedores . Además se pagó la suma de 16.800.000 pts. por el Impuesto del Valor Añadido.

Además de esta cantidad, se emitieron por el Banco Español de Crédito otros tres cheques al portador por un importe total de 270.000.000 de pesetas cuyo destino fue el siguiente:

El cheque nº- 189.188 por importe de 65.000.000 ptas., y el cheque nº 189.191 , por importe de 102.500.000 de pesetas , fueron entregados a Tomás Allende y compensados por éste en el Banco de Comercio, de los que fueron dispuestos pagos en efectivos o por la emisión de cheques. Ha quedado acreditado que de los cheques así emitidos se dispuso de un importe de 54.000.000 , para la compra por parte de la Sociedad "Inversiones Archanda" de

un inmueble sito en Madrid en la c/Manuel Uribe nº 14. Esta sociedad fue fundada por Fernando Garro y Tomás Allende el 20 de octubre de 1989 .

Un tercer cheque nº 189.189 por importe de 102.500.000 de pesetas, entregado a Tomás Allende, fue compensado en el Banco de Sabadell. De estos fondos ingresados en el Banco de Sabadell se efectuaron diversas disposiciones en efectivo a través de otros cheques al portador emitidos por esta entidad bancaria ; de ellos , el cheque número nº02890027 por importe de 88.250.000 fue ingresado en el Banco de Progreso , en la forma que se dirá .

f) Fernando Garro dio la orden de adquirir determinadas naves en el término de Azuqueca de Henares . A tal fin se puso en contacto con su subordinado Rafael Rodríguez Castaño , a quien dio el encargo de coordinar la operación junto con Tomás Allende. En ejecución de ello, el 4 de diciembre de 1990 , se elevó propuesta por el Subdirector General de Obras e Inmovilizado , Enrique Garde , en la que se establecía un precio de 730.300.000 Ptas. más los gastos de escritura y notaría, corrigiéndose de forma manuscrita ese importe, que quedó establecido en 814.471.000 de pesetas. Esta propuesta fue autorizada por Fernando Garro, aunque no estampó su firma ni el Visto Bueno como en propuestas anteriores.

El 5 de diciembre se celebró el contrato de compraventa entre representantes de Banesto y los administradores de los vendedores, la Sociedad NERCU, S.A. Francisco Javier Martínez Oreja e Iñaki Olazar Bilbao. El precio pactado en ese contrato y abonado por Banesto a los vendedores fue de 364.470.958, incluyendo todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

Además se emitieron por el Banco Español de Crédito otros cheques al portador, por un total de 450.000.000 Ptas. Esta cantidad se justificó ante el Banco como pago de unos “estudios medioambientales del corredor del Henares ” que se habían encargado y realizado por las sociedades CIMECON y CIMASA. Estos estudios , en realidad, no se realizaron , colaborando en la apariencia de la realidad de esos informes determinadas personas , que recibieron precio por su intervención . Así, recibieron una compensación económica de 64.000.000 Ptas. Francisco Ayerra Leal, José Miguel Castillo Martínez, Juan Bautista Ciudad Palomo y Juan Manuel Cauqui Pérez , respecto de los que no se ha solicitado responsabilidad en este proceso.

Las correspondientes facturas representativas de ese importe de 450 millones de pesetas fueron firmadas, por indicación de Fernando Garro, por su subordinado Rafael Rodríguez Castaño . Los cheques al portador emitidos para pagar esas facturas fueron entregados a Tomás Allende y posteriormente compensados por éste en el Banco de Comercio, quedando a disposición de Fernando Garro a través de Tomás Allende . Esta cantidad fue dispuesta, al igual que en ocasiones anteriores, mediante la emisión de múltiples cheques d portador que fueron cobrados en efectivo por caja o se utilizaron por Tomás Allende para efectuar diversas compras y pagos. También con cargo a aquella cantidad, se emitió el cheque nº 201.866 por importe de 140.000.000 Ptas. que fue compensado en el Banco de Progreso, en la forma que se dirá .

3. Conforme a lo expuesto, que determinadas cantidades que proceden de los pagos ordenados por Banesto con ocasión de las anteriores operaciones, fueron transferidas desde el banco de comercio al banco de Progreso, oficina de Madrid, dirigida en aquellas fechas por Cándido Fernández Tendero , persona de la confianza de Fernando Garro, razón por la cual éste decidió que aquellos fondos llegasen a esta sucursal bancaria . La finalidad de Fernando Garro era poder obtener la necesaria confidencialidad para la disposición del dinero procedente de aquellas operaciones y, además, se garantizaba la confusión de esos fondos con otras inversiones para disimular tanto el origen como el destino de los mismos.

La cantidad que se ingresó en el Banco del Progreso, procedente de la compraventa de los diversos locales y naves, fue, al menos, de 635.164.433 ptas. que procedían de la compensación de cheques emitidos por el Banco de Comercio y por el Banco de Sabadell .

Se ha acreditado que estas cantidades fueron ingresadas y dispuestas en la forma que sigue :

a) Procedentes de los ingresos que se habían realizado en el banco de Comercio, se emitieron varios cheques (el nº. 154.353 por importe de 41.500.000 de pesetas; el nº 154.358 por importe de 347.767 de pesetas; el nº 06591 por importe de 239.166.666 de pesetas y el nº 144.522 por importe de 45.000.000 pesetas) . Estos cheques fueron ingresados en el Banco de Progreso a nombre de un tal Antonio Cuesta Gutierrez, con DNI nº 33.815.789 , identidad ficticia que había sido facilitada por Fernando Garro a Cándido Fernández Tendero para ocultar la identidad del real disponente de los fondos.

Con esa identidad se realizaron determinadas inversiones en Letras del Tesoro, que exigían la identificación de sus titulares a efectos fiscales. A su vencimiento las cantidades obtenidas eran objeto de reinversiones en Letras, de nuevo utilizando la identidad ficticia de Antonio Cuesta Moreno, hasta que en un momento dado, y con la suma de otras cantidades procedentes de ingresos en efectivo no identificados, se efectuó la inversión de las cantidades resultantes en Pagarés del Tesoro, que no requerían ninguna identificación personal.

Con las sucesivas inversiones se generó una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por Fernando Garro en la forma que sigue :

a.1) el cheque del Banco del Progreso nº 111605 de fecha 26-4-91 por importe de 6.000.000 fue entregado por Cándido Fernández Tendero a la sociedad TAICSA ,en la que participaba el acusado Garro, administrada y representada por Mohamed Kreaa Kaled que actuaba a las órdenes del mismo. Esta cantidad fue canjeada el 17-5-91 por un cheque del Barclays Bank e invertida, junto con otros 5.000.000 aportados por la sociedad Inversiones Lucenses, en Pagares del tesoro que a su vencimiento dieron lugar a un cheque de 13.590.247 de pesetas que fue compensado en Bandesco el día 5-12 91 .

- El día 22 de junio de 1990 se emitió el cheque nº 692.022 del banco de Progreso por importe de 30.000.000 pts. Este cheque fue compensado ese mismo día en la cuenta del Banco de Vitoria de la que eran titulares el acusado Fernando Garro Carballo y su esposa Virginia Lopez-Chicheri Daban, cantidad que fue aplicada a amortizar parcialmente un crédito hipotecario del que eran deudores .

a.2) Los cheques del Banco del Progreso nº 80000120 por importe de 1.963.210 ptas. y nº 80000117 por importe de 1.325.740 ptas, ambos de fecha 12-6-90, fueron entregados por orden del acusado Garro, a Jacques Portrat , Administrador de la sociedad inmobiliaria Parque D'Es Cubells , y cobrados por éste, mediante compensación en la sucursal del Banco de Santander en Ibiza, como parte del pago de determinadas fincas . Estos cheques fueron entregados como parte del precio de dos fincas en la urbanización parque D'Es Cubells vendidas por el sr. Portrat a dos sociedades de Fernando Garro . Así , el 12-4 91 se vendió una de esas fincas a la sociedad S'es Vents Ltd, representada por cuenta de Fernando Garro por Mohamed Kreaa Kaled; el 23-3-93 se vendió la otra finca a la sociedad Inversiones Lucenses, representada por José Luis garcía Trabanco, siguiendo también instrucciones de Fernando Garro .

La sociedad Inversiones Lucenses se constituyó por Jose Luis Garcia Trabanco, Esther Zaldivar Barea y Maria Francisca Martínez Castejon . Estas personas accedieron a figurar como accionistas de la sociedad a petición de Fernando Garro, para quien habían trabajado en el Banco Español de Crédito . No obstante, las instrucciones acerca de la administración y funcionamiento de la sociedad eran dadas por el acusado. Inversiones Lucenses , tras ser participada mayoritariamente por la sociedad extranjera My Frist Coop, representada también por Mohamed Kreaa, mantuvo en la administración a José Luis García Trabanco, continuando la sociedad bajo el dominio del acusado Fernando Garro.

a.3) Los cheques del Banco del Progreso n °8000119 por importe 2.072.034 pts y nº 8000118 por importe de 3.160.385 ptas., ambos de fecha 2 de Junio de 1990, fueron entregados también a Jacques Portrat , quien a su vez los entrego a Angel Lloreda Mas y Rafael Frutos Decoro, en pago de unas obras y proyectos que se habían realizado en las fincas mencionadas en Els Cubells, en Ibiza .

b) Con fondos procedentes en el banco de Progreso se efectuaron determinadas inversiones en Pagarés del Tesoro que se identificaban con una serie de nombres en "clave " como ALMORADIEL, GUINDALERA, EL GROVE y CENTINELA , todos ellos, facilitados al Banco del Progreso por el acusado Fernando Garro .

2.- También por decisión de Fernando Garro se efectuaron otros ingresos en el Banco del Progreso procedentes de las cantidades ilícitamente obtenidas en estos hechos que se invirtieron en "Letras del Tesoro" a nombre de MARIANO GOZALEZ ALVAREZ, con D.N.I .nº. 51.432.793, identidad igualmente ficticia y que también fue facilitada al Banco del Progreso por Fernando Garro.

Estos fondos fueron igualmente objeto de posteriores reinversiones en “Pagarés del Tesoro” identificados con los nombres clave antes señalados que también facilitaba el acusado Fernando Garro.

Todos los fondos depositados en el Banco del Progreso, siempre bajo identidades ficticias o nombres clave que proporcionaba intencionadamente el acusado Fernando Garro, fueron objeto de un constante movimiento entre ellos mediante traspasos y emisión de cheques al portador con la exclusiva finalidad de dificultar su identificación y facilitar su disposición final por este acusado.

A resultas de estos hechos, el Banco Español de Crédito pagó indebidamente al menos la cantidad de 1550 millones de pesetas que quedaron a disposición del acusado Fernando Garro .

VII. ISOLUX

1. En el año 1.988, la entidad Isolux, S.A. era una sociedad perteneciente a Banesto que atravesaba una profunda crisis económica. Con la finalidad de paliar esa situación se dio entrada su accionariado en el mes de abril de 1988 al grupo francés GTIE en que adquirió el 50 % del capital social por importe de 500 millones de pesetas . El día 26 de junio de 1989 el grupo francés abandonó el Consejo de Administración de la sociedad , recuperando su inversión . La situación de Isolux a 31 de diciembre de 1989 arrojaba pérdidas de tal entidad que obligaba a su liquidación, salvo que se procediera a su saneamiento , lo que requería un fuerte desembolso económico. A 31 de Diciembre de 1.989 el capital social era de 750.000.000 ptas. con unas pérdidas acumuladas de 2.023.000.000 ptas. Con motivo de la constitución de la Corporación en junio de 1990, Banesto traspasó a ésta la totalidad de las acciones por su valor contable de 351.975.000 ptas.

Ante la disyuntiva de liquidar la sociedad o sanearla, Banesto decidió llevar a cabo el saneamiento de Isolux buscando nuevos inversores . De este modo comenzaron las negociaciones con con un grupo de directivos de Isolux, agrupados en la sociedad Cartera de Empresas de Instalación y Montaje, S.A. (CARTINMONSA) y cuya representación fue asumida por José Manuel Losada , y con la sociedad VALYSER que el día 16 de abril de 1988 había sido adquirida en el 100 % por la sociedad Euman S.A. En la Junta General Extraordinaria y Universal de accionistas de Isolux, de fecha 28.II.1990, se acordó que Banesto transfiriese a ésta la cantidad de 875.000.000 ptas., lo que efectivamente realizó el día 8 de marzo de 1990 , con la finalidad de cubrir las pérdidas acumuladas hasta el ejercicio 1988 .

El día 19 de marzo se firmó un contrato de colaboración y coparticipación entre Banesto, representado por el acusado Arturo Romaní , y las sociedades Cartinmosa , representada por José Manuel Losada, y Valyser S.A. , representada por Carlos Díaz Porgueres . En virtud de ese contrato se otorgaba una opción de compra que concedía a Valyser el derecho a comprar el 40% del capital de Isolux por la cifra de 600 millones de

pesetas y a Cartinmosa el 9 % por la cantidad de 135 millones de pesetas . En ese contrato se acordó que las sociedades citadas anticiparían , antes de materializar la compra, a Banesto la mitad de su inversión, que sumaba la cantidad de 367.500.000 ptas, para que el Banco Español de crédito aplicase esa cantidad al restablecimiento de la situación patrimonial de Isolux . Valyser realizó el desembolso correspondiente a su parte de 300 millones de pesetas el día 18 de abril de 1990. Respecto de Cartinmosa se habilitaron los fondos precisos por la propia Compañía Isolux , mediante un préstamo a tal efecto que no fue reintegrado, sin que los directivos que componían esa sociedad hubieran tenido que realizar desembolso alguno por su participación .

Desde la Junta General Ordinaria y Universal de Accionistas de Isolux, S.A. de fecha 30.VI.1990 se nombraron Consejeros a Carlos Díaz Porgueres y al acusado Eugenio Martínez Jiménez, en representación de Valyser, S.A. En esa misma Junta se acordó "llevar a cabo un saneamiento de esta situación patrimonial, que se realizará mediante dos entregas, dentro del próximo mes de julio, según el siguiente esquema: a) 398.025.000 ptas. que con expresado objeto de saneamiento entregará Banesto de sus recursos propios antes del 31.VII.1990; b) 382.500.000 ptas. que el mismo accionista único antes indicado (Banesto) hará efectivas a la sociedad Isolux tan pronto como formalice con Valyser y Cartinmosa la operación de venta de acciones que acordaron mediante contrato de fecha 19 de marzo último y con cargo a las sumas que ha de percibir de dichos adquirentes de títulos en calidad de precio de la compra que realizan".

La venta de las acciones de Isolux se llevó a cabo el 24 de julio de 1990, en la forma siguiente: 1) 6.750 acciones (9%) a CARTINMOSA , por importe de 135.000.000 ptas. Esta sociedad obtuvo un préstamo para adquirir las acciones con vencimiento en septiembre de 2003; la cantidad dada en préstamo no se delovió ni se exigió su amortización . 2) 30.000 acciones (40%) a Valyser, S.A., que debía abonar 600.000.000 ptas. por la citada participación. En el mencionado contrato se aplicaba como parte del precio la cantidad anticipada por los compradores en abril de 1990 por cuenta de Banesto. El resto del precio que ascendía a 367.500.000 ptas. fue entregado por Valyser mediante cheque al portador librado por el Banco del Progreso que se ingresó en la cuenta de Cartera de Títulos, S.A. y por Cartinmosa mediante cheque del B.B.V. En la misma fecha se firmó un acuerdo entre Corporación, Valyser, S.A., Cartinmosa e Isolux, S.A., por el que Corporación Industrial y Financiera de Banesto, que había recibido de Banesto las acciones que le pertenecían en Isolux , en cumplimiento de los compromisos adquiridos realizó las aportaciones debidas conforme a lo acordado en la Junta de 30.VI.1990 .

Para la obtención de fondos con los que hacer frente a los compromisos contraídos por los contratos mencionados, Valyser recibió préstamos de Caixa Vigo y del Banco de Progreso . Ante esta última entidad se aportó una confort letter emitida por la sociedad patrimonial del acusado Mario Conde Asebur Inversiones, firmada por su administrador Alfonso Díaz Orueta, tras ser presentada por Francisco Cuesta , a quien se la había pedido el acusado Mariano Gómez de Liaño, mayor de edad y sin antecedentes penales .

2. Tras la obtención de buenos resultados económicos en el ejercicio de 1990, se planteó la fusión de Isolux y la sociedad Wat S.A. . esta sociedad pertenecía mayoritariamente al grupo Banesto a través de la sociedad Elerco ,que poseía un 60,8% de Wat , y el resto se distribuía entre otros accionistas . Las bases de la fusión se proyectaron por un grupo sueco Indevo , tras estudio realizado al efecto , con la colaboración de Andoni Eizmendi, Director General de la Corporación . La compañía Axel Group realizó una valoración de la sociedad resultante de la fusión , asignándole un valor comprendido entre los 16 mil a 18 mil millones de pesetas, basándose el informe en los datos proporcionados por los directivos de Isolux.

Para desarrollar el proceso de fusión , la Corporación Banesto adquirió por importe de 1.015.000.000 ptas el 100% de las acciones de Wat, S.A. a Elerco y los demás accionistas . Con posterioridad , el 25 de junio de 1991 Isolux, S.A. adquiere la citada participación de la Corporación por el mismo precio de 1.015.000.000 ptas., cantidad que no fue desembolsada por Isolux, la que quedó deudora de la Corporación por ese importe. Este crédito se canceló mediante la aportación por la Corporación en concepto de desembolso a la ampliación de capital de Isolux Wat, efectuada en 1992.

El día 5 de septiembre de 1991 Isolux se fusionó con Wat mediante absorción de ésta por la primera , aprobándose como balances de fusión los cerrados a 31.XII.1990 y fijándose como fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se considerarán a efectos contables por cuenta de la absorbente, el 1 de julio de 1991. . Tras la fusión ascendió la facturación obteniendo buenos resultados económicos en el ejercicio 1991 .

3. La Comisión Ejecutiva de Portland Iberia de 16 de Diciembre de 1.991, en la que por parte del Consejero Delegado, D. Salvador Salort, se informó de la propuesta de inversión para la compañía, se autorizó elevar al Consejo de Administración la propuesta de adquisición de un 10 % de isolux – Wat , de la que entonces era Presidente Victoriano López Pinto, que a su vez formaba parte del Consejo de Administración de Portland . El Consejo de Administración , que se celebró inmediatamente, después autorizó la adquisición . De acuerdo con ello, el 10 de enero de 1992 Valyser, representada por Eugenio Martínez , vendió a Portland Iberia, representada por Salvador Salort Pérez , 7.500 acciones representativas del 10% del capital social de Isolux Wat por un precio de 1.100 millones de pesetas , obteniendo Valyser una plusvalía, respecto del coste de adquisición en 1990 , de 950 millones de pesetas .

El día 29 de junio de 1.992, Isolux-Wat efectuó una ampliación de capital , suscrita por todos los socios , por importe de 3.750 millones de pesetas , lo que suponía aumentar el capital de 750 a 4.500 millones de pesetas . De esa suma, 1.250 millones de pesetas fue totalmente liberada con cargo a reservas, sin desembolso alguno . De los restantes 2.500 millones, sólo fue realizada aportación por Corporación, que desembolsó su parte mediante la aportación del crédito de 1015 millones de pesetas que tenía frente a Isolux con ocasión de la venta de Wat el día 25 de junio de 1991 . Quedaron pendientes de desembolso 1.485 millones de pesetas .

4. El 7 de octubre de 1992 Portland Iberia , que había sido adquirida por el grupo Cemex tras la división del Grupo Cementero entre Banesto y la familia Serratosa expuesta más arriba, vendió a La Corporación las 7.500 acciones de Isolux- Wat que había comprado a Valyser, y que estaban totalmente desembolsadas, más 37.000 acciones que adquirió en la ampliación de capital, desembolsadas en un 33,3 %, por un importe de 966 millones de pesetas, pero se estableció como precio el de 73 millones de pesetas, neto resultante de un ajuste de valores en relación con otras acciones de la sociedad Sanson que se estaban negociando entre las mismas partes .

5 . El día 13 de octubre de 1992, la sociedad Valyser, representada por Eugenio Martínez, vendió a la sociedad suiza JAMUNA, S.A. , representada por Renato Galletti , 9.000 acciones de Isolux- Wat representativas del 2% del capital social , por un precio de 253 millones de pesetas . El precio pactado no se abonó al formalizarse la venta el 13 de octubre de 1992, quedando aplazado el pago mediante el pagaré por esa cantidad garantizado por la Banca Cantonale Vaudoise con fecha de vencimiento el 15-I-93. Llegada la citada fecha el pagaré no se hizo efectivo y no se ejecutó la garantía bancaria, efectuándose el pago el 12 de febrero de 1993 . Ni en la memoria de Isolux-Wat del ejercicio de 1992 se hizo referencia a la venta a Jamuna , pues siguió figurando como accionista Valyser S.A. en un 30% sin tener en cuenta el 2% que había vendido a Jamuna, ni tampoco Valyser recogió los beneficios de esa venta en sus cuentas de 1992.

No ha quedado acreditado que la sociedad Jamuna perteneciera a los acusados Mario Conde, Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges Menéndez, mayor de edad y sin antecedentes penales .

6. Tras la venta a Jamuna del 2% de la sociedad , Valyser S.A conservó el 28% de acciones de Isolux-Wat . Este porcentaje conjunto del 30 % acabaría siendo adquirido por la Corporación tras operaciones de compraventa intermedias . Así, Mariano Gómez de Liaño encargó a Francisco Javier Gómez Zubeldía, con el que mantenía un contrato de servicios, la búsqueda de una sociedad intermediaria. El referido Gómez Zubeldia adquirió para ello la sociedad Ibiser S.A., de la que fue nombrado Presidente y Administrador el 7 de enero de 1993 . El día 22 de enero de 1993, tanto Valyser como Jamuna vendieron sus respectivas participaciones a la sociedad IBISER, representada por Francisco Gómez Zubeldía, como sociedad instrumental de la ulterior venta a la sociedad METALLGESELLSCHAFT. Ibiser pagó por el 2% a Jamuna la cantidad de 220 millones de pesetas , y a Valyser por el 28% la suma de 3.080 millones de pesetas, obteniendo esta última sociedad una plusvalía, con relación a la aportación inicial para la adquisición de la participación en Isolux de 2 .660.000.000 ptas.

El mismo día 22 de enero, Ibiser vendió, por el mismo precio, a Metallgesellschaft Corp. 111.000 acciones de Isoux- Wat y a Metallgesellschaft Services 24.000 acciones de la misma sociedad , actuando en representación de las compradoras Robert Wardfield, cuñado del Sr. Gómez Zubeldía . Ese mismo día , la sociedad alemana Metallgesellschaft concertó con la Corporación Banesto una opción de venta de dichas acciones, avalada por el Bank of

America , sucursal de Londres , , y una opción de compra por parte de la Corporación Banesto . El acusado Arturo Romaní ordenó que el coste del aval, que ascendió a 38 millones de pesetas, fuese abonado por una instrumental extranjera del propio Grupo Banesto , la sociedad Emperor Limited .

El 20 de julio de 1993 MG corp. vendió a la Corporación 111.000 acciones de Isolux Wat, y el mismo día MG Services vendió a la Corporación 24.000 acciones , a un precio total de 3.576 Millones. Para pagar la compra efectuada la Metallgesellschaft solicitó dos créditos al Banco Comercial Trasatlántico , cuyo vencimiento se hizo coincidir con la fecha límite aproximada en la que Corporación tenía que cumplir con su obligación de recompra .

7. Los acusados por este hecho y la sociedad Valyser mantuvieron una serie de relaciones financieras y/o comerciales . Así,

a) Sociedades patrimoniales de Mario Conde (Valores castellanos S.A., Asebur Inversiones, Campo del Azufre S.A. y otras) concedieron préstamos a la sociedad Valyser ; también se entablaron relaciones comerciales consistentes en las ventas de participaciones a Valyser que Mario Conde tenía en tres sociedades (Inversiones el Condado S.A; Inversiones Puerto Moral, S.A. ; vehículos Blindados S.A.) . El 22 de julio de 1988 Torreal S.A., prestó a Euman 150 millones de pesetas, que fue cancelado el 29 de enero de 1993 , pero no quedó acreditado que esta financiación fuera decidida por Mario Conde . Mario Conde recibió de Valyser un préstamo puente de 2000 millones de pesetas , hasta tanto obtuviera el referido préstamo del Banco Español de Crédito .

En el contexto de esas relaciones, Asebur Inversiones , sociedad patrimonial de Mario Conde, otorgó una confort letter a Valyser para la obtención de financiación del Banco de Progreso tendente ala adquisición de acciones en Isolux, por la cual Asebur respondía frente al banco de la solvencia de Valyser S.A., ofreciendose a otorgar las garantía que resultasen necesarias en caso de ser requeridos para ello . Luis Alfonso Díaz Orueta , administrador de Asebur recibió instrucciones en tal sentido del acusado Mariano Gómez de Liaño, quien solicitó de Francisco Cuesta la referida confort letter que fue firmada por Luis Alfonso Díaz Orueta .

Existieron relaciones entre sociedades de Mario Conde y Gómez de Liaño. Así, el 9 de octubre de 1991 D^a Ascensión S.A., sociedad propiedad del Sr. Gómez de Liaño , firmó con la sociedad Campo del Azufre S.A. , de Mario Conde, un contrato de cuenta corriente con prestaciones recíprocas. La sociedad Campo del Azufre prestó 37 millones de pesetas a D^a Ascensión . Además de ese contrato de cuenta corriente, el 9 de mayo de 1991 se suscribió otro entre Asebur, de Mario Conde, y D^a Ascensión .

b) Mariano Gómez de Liaño tenía estrechas relaciones con Eugenio Martinez , asesorando jurídicamente a la sociedad Valyser S.A. , antes y después de su adquisición por Euman S.A. Gómez de Liaño y Valyser participaron conjuntamente en determinados negocios como “ Inversiones el Condado S.A. y Promociones Hoteleras S.A. .

Como consecuencia de la operación Isolux, “ Asesores en derecho ” , de la que formaban parte Mariano Gómez de Liaño y Francisco Gómez Zubeldía, facturó a Valyser el 29 de enero de 1993 un importe de 82.500.000 pts., en concepto de “ búsqueda de comprador, negociación de precio de venta y redacción de los contratos de compraventa ” , como consecuencia de que el despacho profesional de Mariano Gómez de Liaño había preparado los contratos firmados el 22 de enero de 1993. Además, el acusado Gómez de Liaño tuvo intervención activa en la puesta en contacto de Eugenio Martínez con la Corporación y en las operaciones de compra venta de esta operación .

c) Arturo Romaní facturó a Valyser por trabajos que no se correspondían con servicios efectivamente prestados o , al menos, no reportaban a Valyser la utilidad correspondiente al precio pagado por ellos. Así, Alejandro Valcarcel, persona de confianza , siguiendo instrucciones de Arturo Romaní , facturó a Euman 1.680.000 pts. por la elaboración de un informe sobre Inversiones Inmobiliarias en la Costa del Sol . Alejandro Valcarce no tenía experiencia en el sector inmobiliario y para la elaboración de esta clase de estudios , sin que se haya acreditado el interés que el estudio reportaba a Valyser.

Determinadas sociedades de Arturo Romaní (Inversiones Rondonopolis S.L., Servicios y promociones Siracusa S.L. y Longanor S.A.) giraron facturas por la elaboración de informes firmados por persona inexperta en su contenido , Elena García Baquedano, y de dudosa utilidad para el grupo Euman – Valyser .

d) En julio de 1993 Euman Valyser S.A. concedió un préstamo de 100 millones de pesetas al acusado Francisco Javier Sitges con la garantía de un barco en construcción por la sociedad MECANIZACIONES Y FABRICACIONES S.A. (Mefasa) . El objeto social de esta sociedad era la fabricación de bienes de equipo, se constituyó en 1995, y en enero de 1966 el Sr. Sitges adquirió el 1,43% de su capital sociedad, participación que en 1990 había ascendido , a través de una sociedad familiar, al 24 % . Este crédito se amortizó anticipadamente. No ha quedado acreditado que el préstamo fuere aparente y que tuviera la finalidad de repartir cantidad alguna derivada de la operación de venta de Isolux .

Valyser S.A. recibió aval de Asturiana del Zinc S.A. (AZSA) , cuando era presidida por Francisco Javier Sitges, para garantizar el pago del precio de la adquisición del 36% de MEFASA . Este aval no fue contabilizado en AZSA . El acusado Francisco Javier Sitges adquirió posteriormente , el 29 de marzo de 1994 , por el precio de 250 millones de pesetas , esa participación del 36% que había tomado Valyser , aumentando así el Sr. Sitges su participación en MEFASA hasta el 60 % . Esta participación fue vendida por el sr. Sitges a AZSA por el precio simbólico de una peseta .

VIII. PROMOCIONES HOTELERAS

1. Al ser creada la Corporación Industrial Banesto se pretendió por sus gestores su instalación en una sede propia autónoma del Banco .

PROMOCIONES HOTELERAS S.A era una sociedad ,perteneciente al grupo EUSA , cuyo único activo estaba constituido por un inmueble sito en la calle Fernando El Santo nº 12 y 14 de Madrid y que estaba compuesto por un palacete principal, un edificio anejo que albergaba la sede del Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales , jardín y sótano con plazas de garaje. El inmueble fue adquirido por la sociedad Promociones Hoteleras en julio de 1987 . inciendo a partir de es fecha obras de rehabilitación en el “ palacete ” que concluyeron en 1990 .

El acusado Mariano Gómez de Liaño estaba interesado en la adquisición del edificio de peritos con el fin de ubicar allí su despacho profesional , buscando inversores para adquirir además el palacete , toda vez que los edificios de los números 12 y 14 de la calle citada constituían unidad registral . La adquisición se llevó a cabo en julio de 1990 mediante la adquisición del 100 % de las acciones de Promociones Hoteleras S.A. . La operación de compraventa se llevó a cabo de la siguiente manera : 1) El 19 de julio de 1990 la sociedad Estudios Financieros Gúdar , del grupo EUSA , representada por Tomás López - Jurado vendió a MARIANO GOMEZ DE LIAÑO, 15.886 acciones de promociones Hoteleras , representativas de un 4,45% del capital, por importe de 69.411.738 ptas., estableciéndose que el pago se haría en su totalidad de modo aplazado entre enero de 1991 hasta enero de 1995 ; 2) en esa misma fecha del 19 de Julio de 1990, otras sociedades del grupo Eusa (Estacionamientos Urbanos, Estudios Financieros Moncayo, Inversora Moncayo y Fundación General Mediterránea) representadas por Esteban Molina Carcelén, vendieron a la sociedad suiza ASNI INVESTMENT , constituida para este fin el 13 de junio de 1990, representada por Paolo gallone y cuya pertenencia a los acusados Mario Conde, Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges no se ha acreditado , 167.790 acciones de la sociedad (un 47% de su capital) por un precio de 193.904.858 ptas. al contado y 466.456.234 ptas. aplazado en letras de cambio desde enero de 1990 a Enero de 1995, con un total de 660.361.092 ptas. además, ASNI realizó un pago adicional al grupo Eusa en Suiza de 450 millones de pesetas mediante le entrega de un cheque de la Banca Cantonale Vaudoise al intermediario Peter Kopa Klasek ; 3) el día 10 de agosto de 1990, otras sociedades del grupo EUSA, en esta ocasión Estudios financieros Gúdar, Feryvex, Veb Carl Zeiss España y Fundación Alfar, representadas todas ellas por Tomás López -Jurado , vendieron a VALYSER SA 173.324 acciones de Promociones Hoteleras (el 48,55% de su capital) por 218.716.860 ptas. al contado y 456.533.197 ptas. aplazadas en letras de cambio de enero 1991 a enero de 1995, lo que hacía un total de 675.250.057 ptas .

La financiación necesaria para el pago del precio por esta adquisición fue gestionada ante el banco Urquijo para los tres adquirentes por el acusado Mariano Gómez de Liaño, quien presentó a los adquirentes como grupo inversor . de este modo, la sociedad ASNI obtuvo préstamo el 18 de julio de 1990 por importe de 193.904.858 ptas., destinado al pago de parte del precio al contado, más un aval , el 19 de julio, para el pago aplazado en letras de cambio por importe 466.456.234 ptas. , garantizado con prenda de las 167.790 acciones de Promociones Hoteleras adquiridas, más la prenda de las acciones adquiridas por el acusado Sr. Gómez de Liaño. . El banco Urquijo prestó a Valyser un aval, concedido

el 10 de agosto de 1990 , por importe de 456.533.197 ptas. para garantizar la el pago del precio aplazado en letras de cambio, dando en prenda las acciones adquiridas por Valyser. El propio acusado Gómez de Liaño también solicitó y consiguió para sí mismo un aval del Banco Urquijo por importe de 69.412.451 ptas. correspondientes a las letras de cambio emitidas para el pago de la totalidad de las acciones de Promociones Hoteleras que adquirió.

2. Las sociedades vendedoras (grupo EUSA) realizaron un pago de 112.700.000 ptas. a la sociedad AGUSTIN MUÑOZ SOBRINO S.A, , sin que quedase aclarado el concepto del pago de esa cantidad de dinero .

3. Tras la adquisición de la sociedad por Mariano Gómez de Liaño, Asni Investment y Valyser, se mantuvo como administradores a Tomás López-Jurado y Esteban Molina Carcelén que ya lo eran cuando pertenecía al grupo EUSA .

Como la Corporación buscaba un edificio representativo para instalar allí su sede, Arturo Romaní llevó a la Comisión Ejecutiva de la Corporación, de la que era Consejero delegado, que se celebró el día 18 de Septiembre de 1990, la propuesta de arrendamiento del inmueble de la calle Fernando el Santo nº 12 y 14 de Madrid , así como la obtención de una opción de compra sobre el referido inmueble en favor de la Corporación, ocultando que la sociedad pertenecía a Mariano Gómez de Liaño y las otras dos sociedades . Esta propuesta obtuvo el respaldo unánime de los miembros de la Comisión ejecutiva.

La instalación en esa sede de la Corporación requería acometer obras de adaptación , que fueron contratadas con Isolux- Wat por importe de 1132 millones de pesetas , que se realizaron tras la adquisición de la sociedad por la Unión Inmobiliaria Internacional de la que hablamos más abajo .

El día 1 de Octubre de 1990 se firmaron los correspondientes contratos , derivados del acuerdo de la Comisión Ejecutiva , entre promociones Hoteleras S.A. , representada por Tomás López-Jurado y Esteban Molina Carcelén , y la Corporación , representada por el acusado Arturo Romaní Biescas. El precio establecido para el arrendamiento fue de 14,3 millones ptas. mensuales, con las correspondientes revisiones periódicas, fijándose la duración del contrato hasta el mes de octubre de 1995 .

El mismo día se firmó un contrato de opción de compra entre las mismas partes , con un precio por la opción de 130 millones de pesetas , que fue abonado por la Corporación . Ese contrato daba a la Corporación el derecho a adquirir el inmueble arrendado por un precio para el año 1990 de 2.700 millones de pesetas, debiendo asumir los compradores una hipoteca que gravaba el edificio, por lo que el coste total de adquisición sería de 3.376 millones de pesetas . Se contemplaban en el contrato aumentos progresivos del precio según el año de ejercicio de la opción . En ejecución de esa opción , y sin que la Corporación hubiera ocupado efectivamente el inmueble arrendado, no obstante haber abonado la renta , se vendieron el día 15 de abril de 1991 las acciones de Promociones Hoteleras SA a la UNION INMOBILIARIA INTERNACIONAL S. A (UII) , sociedad filial en su integridad de La Unión y El Fénix SA,

que a su vez estaba participada mayoritariamente por Banesto y presidida por Mario Conde. El precio pagado por la adquisición ascendió a 2.567 millones de pesetas , precio inferior al establecido en el contrato de opción , y normal en el mercado, no habiéndose acreditado que el inmueble valiera menos de lo pagado por su adquisición . De esta compra se dio cuenta con posterioridad a la Comisión Ejecutiva , el 24 de Abril de 1991, y en la sesión del Consejo de Administración celebrada el 29 de abril de 1991.

Las condiciones de la venta fueron las siguientes : 1) Mariano Gómez de Liaño que previamente, el 23-3-91, había traspasado el paquete de acciones que tenía a título personal a una sociedad patrimonial suya , DOÑA ASCENSION SA , vendió a U.I.I su participación en Promociones Hoteleras S.A. por 142.530.233 ptas. , cobradas al contado, lo que supuso un precio por acción de 8.972 ptas.; 2) VALYSER, representada por el acusado Eugenio Martínez, vendió su participación del 48,55% por 919.411.424 ptas., cobradas al contado, lo que supuso un precio por acción de 5.304 ptas. 3) ASNI INVEST. ,representada por Paolo Gallone, vendió su participación del 47% por 1.505.422.877 ptas., cobradas al contado, lo que supuso un precio por acción de 8.972 ptas.

IX. ARTIFICIOS CONTABLES

1. En el año 1992, la Inspección del Banco de España, tras examen del balance y la cuenta de resultados , detectó que existía un déficit de provisiones de aproximadamente 104.000 millones de pesetas , de los cuales 52.898 millones correspondían a créditos de dudoso cobro .

El sistema de contabilización de provisiones por razón de créditos morosos requería ,parcialmente , el trabajo manual de personas que trabajaban adscritos al departamento de Auditoría interna del Banco . En la Comisión para la provisión de Créditos morosos y dudosos se determinaban mensualmente los créditos de esta clase y las necesidades de provisión. Así determinadas , el Departamento de Control, adscrito a la Auditoría interna, tenía la responsabilidad de su contabilización.

Conocidos por los correspondientes servicios del Banco los déficits apreciados relativos al ejercicio 1992 , se inició por los administradores de banesto un Plan de actuaciones en ese año con la finalidad de atender a las necesidades de saneamiento establecidas por el Banco de España . Esta Plan fue aprobado por el Banco de España mediante escritos del 23 de noviembre y 14 de diciembre de 1992 ; aquél Plan se hizo público en la Memoria correspondiente a 1992 . En el Plan se contemplaba la creación de un Fondo de provisión de insolvencias, que quedaría constituido antes del 31 de diciembre de 1994, y que los beneficios netos que se generasen con la venta del Banco de Madrid se destinarían a dotar dicho fondo . En los escritos de aprobación del Plan, el Banco de España adujo falta de información sobre las relaciones de Banesto con el Grupo Oasis Internacional Group , y su representante Pedro Pueyo, exigiendo una provisión del 10% respecto de unos riesgos cuantificados en 19.860 millones de pesetas .

2. El 26 de abril de 1993 la entidad Price Waterhouse presentó su informe de auditoría relativo a las cuentas de 1992, en el que no se manifestaban reparos y se consideraba que las cuentas anuales reflejaban fielmente la imagen de la sociedad según los acuerdos obtenidos en el Plan de saneamiento de 1992 . En el verano de 1993 se acordó una ampliación de capital en la que se suscribieron por los Consejeros que tenían capital en Banesto nuevas participaciones y en la que invirtieron la sociedad JP Morgan y el Fondo de Inversión Corsair . El folleto de la ampliación, en el que había colaborado la JP Morgan, se registró el 28 de junio de 1993 ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores . El Banco de España no planteó objeción a la ampliación de capital .

3. Los servicios de Inspección del Banco de España, que supervisaban las cuentas del Banco de modo continuado , determinaron que en junio de 1993 existían déficits de provisiones por créditos morosos , alguno de los cuales habían sido renovados y no considerados de dudoso cobro, indebidamente a juicio del lo inspectores del banco de España . El banco de España comunicó a los gestores de Banesto el 6 de septiembre de 1993 los déficits apreciados y a finales del mes de septiembre de 1993 se iniciaron conversaciones acerca de la elaboración de un Plan que corrigiera aquellos déficits , entre el Banco de España, a través de José Pérez Fernández , entonces Director General de la Inspección, e Iganacio Palicio Díaz Paes , Jefe del equipo de Inspectores del Banco de España, y representantes de Banesto , el acusado Enrique Lasarte y Paulina Beato , auxiliados por Alvaro Echaniz, Alfonso Naranjo y Fernando Martín , todos ellos con la supervisión del acusado Mario Conde. El 21 de diciembre de 1993 se presentó al Banco de España por el acusado Enrique Lasarte, mediante escrito de esa fecha, un Plan con una dcoble alternativa , según incluyese o no provisiones para el fondo de fluctuación de valores y el fondo de pensiones , en el que se reconocían al menos 372.000 millones de pesetas de déficits. Aquél Plan , apoyado por la sociedad JP Morgan, conforme le fue comunicado al Nanco de España por su representante Roberto Mendoza , no fue asumido por el Banco de España, que estableció unas necesidades de saneamiento cifradas en 503.415 millones de pesetas .

Ante esta situación , el Consejo Ejecutivo del Banco de España acordó el día 28 de septiembre de 1993 la sustitución de todos los miembros del Consejo de Administración de Banesto y el nombramiento de un equipo gestor provisional .

Con la finalidad de sanear el Banco, el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios realizó una aportación a fondo perdido de 285.000 millones de pesetas, y concedió un préstamo de 315.000 millones de pesetas a un interés inferior al de mercado, que provocó un coste financiero de 41.000 millones de pesetas, resarcíendose parcialmente de aquellas sumas , por importe de 133.458.647.876 pesetas , a consecuencia del concurso público de accionesde Banesto , y no recuperando la cantidad de 192.541.352.124 pesetas.

No quedó acreditado que persona alguna de las encargadas en el Banco de la contabilización recibiera instrucción de alguno de los acusados sobre la contabilización de operaciones particulares o las provisiones a realizar por razón de créditos de dudoso cobro . No quedó tampoco probado que los acusados ocultaran conscientemente a la Inspección del Banco de España y a los servicios de auditoría externa circunstancias que hubieren puesto de

manifiesto necesidades de saneamiento de mayor envergadura , como las que definitivamente estableció el Banco de España y la nueva Administración de Banesto tras la sustitución el 28 de diciembre de 1993 del Consejo de Administración acordada por el Consejo Ejecutivo del Banco de España .

4. El Banco de España y la auditoría externa conocieron que a finales del ejercicio 1992 se había realizado una operación intergrupo consistente en que , el 28 diciembre de 1992 , la Corporación Industrial y Financiera Banesto, representada por José Luis Fernández Company, vendió a Mercurio S.A., filial 100% de Banesto , representada por José María Puro, 2.407.000 acciones de Acerinox S.A., representativas del 24,9 % de su capital por 22.866,5 millones de pesetas . En el contrato celebrado a tal fin se estableció como fecha para el pago el 28 de diciembre de 1993, con una tasa de interés del 12% anual . El contrato se modificó posteriormente difiriendo el pago hasta el 10 de agosto de 1994, sin devengo de intereses , lo que suponía para Mercurio un coste inferior en 3600 pts , que correlativamente disminuía el beneficio de la Corporación , declarado en 4.933 millones de pesetas.

Los días 30 de septiembre y 3 de diciembre del año 1993, Mercurio vendió las acciones de Acerinox a terceros ajenos a Banesto con unos beneficios para Mercurio de 1.708 millones de pesetas. La operación no produjo alteración de las cuentas consolidadas en cuanto se eliminó la relación intergrupo .

5. En el escrito del Banco de España de 6 de septiembre de 1993 se puso de manifiesto la necesidad de saneamiento de créditos dañados de Banesto Chile Bank , antes Banco del Pacífico.

El 31 de octubre de 1990 se firmó un contrato de promesa de compraventa de acciones del Banco del Pacífico entre Banesto y las sociedades Delano y Cía e Inversiones Cardoen, S.A. estableciéndose como precio de la compraventa una cantidad no inferior a 9 millones de dólares U.S.A , ni superior a 19,7 millones de dólares.

Con fecha 4 de octubre de 1991, la Superintendencia de Bancos de Chile comunicó que a 31 de Diciembre de 1990 existían pérdidas en la cartera de créditos del Banco del Pacífico por importe de 17,6 millones de dólares . En virtud del contrato de promesa de compraventa , el día 3 de diciembre de 1991, una filial del Banco Español de Crédito, Banesto Banking, representada por Luis Cid Alonso, adquirió el 100% del Banco del Pacífico por un precio de 16,6 millones de dólares, con lo que el patrimonio neto de del banco del Pacífico era prácticamente nulo en atención a los déficits apreciados por la Superintendencia de Bancos de Chile, mayores que el precio de adquisición .

El 27 de diciembre de 1991, Banesto Banking acordó con otra filial del Banco Español de Crédito, Banesto Holdings, poder venderle antes del 1 de abril de 1992 las acciones de Banco del Pacífico por el mismo precio por el que las había adquirido, 16,6 millones de dólares. Por esta razón no se reflejó en las cuentas consolidadas de Banesto Banking las necesidades de saneamiento del Banco del Pacífico.

El día 23 de diciembre de 1992 Inversiones Iberia Ltda., filial de Banesto, adquirió inversiones crediticias a Banesto Chile Bank por 31,8 millones de dólares, de los cuales al menos el 50 % correspondían a créditos dudosos. El Banco de España en el referido escrito de de 6 de septiembre de 1993 requirió el saneamiento de estos créditos en posesión de Inversiones Iberia. El acusado Enrique Lasarte, en esas fechas Consejero Delegado del Banco Español de Crédito, contestó al Banco de España el 21 de septiembre de 1993 mostrando su conformidad al saneamiento propuesto en Inversiones Iberia, consistente en reconocer los déficits apreciados como pérdida del ejercicio 1992, aceptando proceder en la forma interesada por el Banco España al cierre del ejercicio de 1993.

6. En junio de 1991 Banesto adquirió la sociedad Gescam por un precio de 1.900 millones de pesetas. En septiembre de ese mismo año Gescam amplió su capital en 29.840 millones de pesetas que fueron aportados por Banesto, con lo cual la cantidad total invertida por Banesto en Gescam ascendía a 31.900 millones de pesetas.

En el mes de septiembre de 1991, Gescam, representada por Pedro Insaurreaga, compró a Banesto, representado por Ricardo Larrainzar y Rafael Rodríguez, una serie de inmuebles por un precio de 8.256 millones de pesetas, cantidad contabilizada como beneficio para Banesto en las cuentas de 1991. La razón de contabilizar así ese beneficio, a pesar de haberse obtenido de una operación intergrupo, era que el 23 diciembre 1991 se había firmado un compromiso de compraventa entre Banesto y Kiesselstein Stiftung, participaba conjuntamente con Banesto al 50% en Oasis Internationasobre, la totalidad de las acciones de Gescam o sobre la totalidad de sus inmuebles. En el caso de las acciones, el precio de venta sería de 31.768 millones y en el de los inmuebles de 19.976 millones, de los que se pagarían en efectivo 15.000 millones de pesetas.

En ejecución del compromiso, el 4 marzo de 1992, Banesto vendió una parte de las acciones de Gescam a dos sociedades del grupo Kiesselstein Stiftung, en particular a Reve Holding, B.V. el 48% y Barafon, B.V. el 46,1%. El precio global de esta venta fue de 30.118 millones de pesetas, pagándose al contado 1.000 millones de pesetas, financiándose parte de la cantidad pendiente por el propio Banco Español de Crédito

El 6 de abril de 1992 tuvo lugar una reunión entre representantes del banco de España, Banesto y la auditora proce Waterhouse, en las que se debatieron los pormenores de esta operación, sin objeción expresa sobre la contabilización realizada.

7. El día 31 de diciembre de 1992, La Unión y El Fénix vendió a Reve Holding (filial de Kiesselstein Stiftung) el 49,8% de El Fénix Español, SA, por 6.944 millones de pesetas. Los beneficios obtenidos por La Unión y el Fenix fueron de 6.841 millones de pesetas pagándose 3.430 millones al contado y 3.514 aplazados hasta el 30 de junio de 1993. Con la misma fecha La Unión y El Fénix (LUFÉ) vendió a la sociedad Marenma (filial de Oasis International Group) el 1% de El Fénix Español, SA por 139 millones de pesetas. Los beneficios obtenidos por la vendedora en esta venta fueron de 137 millones de pesetas. Simultáneamente Marenma y Reve Holding otorgaron a la Unión y el Fenix una opción de compra sobre las acciones de El Fénix Español.

En el año 1992, Cobra Investment Ltd., sociedad que tenía los mismos accionistas que Oasis International Group (50% Banesto y 50% Kielselstein Stiftung), dispuso de dos préstamos concedidos por Banesto a través de su sucursal de Londres por importe de 152 millones de dólares.

En la compra por Reve Holding se había acordado un pago al contado de 3.430 millones pts, que como parte del precio se había comprometido a pagar al contado, para el que Reve Holding obtuvo 30 millones de dólares U.S.A de la sociedad Le Roi Investment, sociedad filial de Harrington Ltd, que a su vez era 100% de Banesto; y un pago aplazado de 3.514 millones de pesetas, que se satisfizo en junio de 1993 . Para hacer este pago Reve Holding obtuvo 27,3 millones de dólares de la sociedad Dominion Associates Ltd, que a su vez los obtuvo de seis filiales de Harrington Ltd. que pertenecía en un 100% a Banesto.

El día 2 de julio de 1993, la sociedad Dominion Associates Ltd. canceló el préstamo obtenido con fondos procedentes de la sociedad Cai-Citistar, que a su vez los había obtenido previamente de otra sociedad denominada Brightsun , también filial 100% de Banesto.

La operación de venta fue aprobada por el Consejo de Administración de la Unión y el Fenix, no adoptándose decisión alguna en el Consejo de Administración de Banesto ni en su Comisión Ejecutiva .

8. El 27 julio de 1992 la Comisión Ejecutiva de Banesto aprobó una propuesta de préstamo por importe de 50 millones de libras esterlinas o su contravalor en dólares (aproximadamente 85 millones de dólares). En dicha propuesta se indicaba que 40 millones de dólares de ese préstamo irían destinados a la compra del grupo aéreo Zafiro, perteneciente a Oasis y se establecía que Kielselstein Stiftung garantizaba a Banesto 20 millones de dólares de esa cantidad.

La sociedad finalmente beneficiaria el préstamo fue Cobra Investment , que el día 2 de Octubre de 1992 recibió de la sucursal de Banesto en Londres los 40 millones de dólares antes citados. El 30 de Noviembre de 1992 la sociedad Oasis International Group vendió a Cobra Investment las acciones del grupo aéreo Zafiro, lo que supuso para Oasis International Group unos beneficios de 19,7 millones de dólares que equivalían a unos 2.225 millones de pesetas de los que la mitad correspondían a Banesto. La sociedad Cobra Investment, que pertenecía en un 50% a Banesto, no se incluyó en las cuentas consolidadas del grupo en el ejercicio de 1992

9. El día 26 de julio de 1990 Banesto se comprometió a adquirir, para su transmisión a terceros, o hacer que un tercero adquiriera, con anterioridad al día 26 de julio de 1992, 1.481.043 acciones de Banesto, equivalentes al 1,5% del capital social del Banco. El propietario de dichas acciones era Inversiones Azulreal Inc. filial de Kielselstein Stiftung. El precio estipulado era de 5.100 pesetas por acción mientras que su valor en bolsa era de 4.500 pesetas. Este compromiso no fue recogido en las cuentas de Banesto en los años 1990 y 1991.

Además, Banesto se comprometía a otorgar avales por 5.665 millones de pesetas en favor de quién designase la sociedad Calgary Investment, otra filial de Kiesselstein Stiftung . Este compromiso fue firmado por el Director General Javier Abad y no se recogió en las cuentas anuales correspondientes a los años 1990 y 1991 .

El 29 de julio de 1992 se prorrogó el compromiso anterior hasta el 26 de octubre de ese mismo año, mediante una carta de Banesto firmada por Carlos Cuervo-Arango. En esa prórroga se establecía un 13,5% anual como tipo de interés por los tres meses de demora.

El día 2 noviembre 1992 se firmó un contrato entre Blueridge Investments Ltd., filial de Kiesselstein Stiftung, y Kayenta Consultants Ltd., filial de Banesto, por el cual la primera vendía a la segunda el 55% de las acciones de la sociedad Kerino Investments Ltd por 7.812,6 millones de pesetas. Este importe coincidía con el precio a percibir por el grupo Oasis por el compromiso de 26 de julio de 1990 más los intereses del 13,5% de los tres meses de demora. Así, Banesto en lugar de hacer frente al compromiso de recompra de sus acciones entregaba el dinero pactado a Kiesselstein Stiftung mediante la operación de compraventa de acciones de Kerino.

El 5 de noviembre de 1992, Blueridge Investments Ltd concedió una opción de venta a Kayenta Consultants Ltd por el 55% de las acciones de Kerino Investments Ltd que ésta acababa de comprar. La opción era por un período de 7 años y el precio de 3.400 millones de pesetas. En el contrato de opción Blueridge garantizaba a Kayenta el cobro de 136 millones de pesetas anuales por dividendos a percibir hasta que se ejercitara la opción.

La diferencia entre los 7.812 millones de pesetas pagado por Kayenta Consultants Ltd y el precio de 3.400 millones de la opción de venta no fue objeto de provisión en las cuentas de 1992 .

10. El 27 de febrero de 1992 Bank of America National Trust and Savings Association concedió un préstamo de 7.078 millones de pesetas a Swoboda Handels Und Beratungs Gesellschaft con la finalidad exclusiva de comprar a Curragh Resources Inc, 1.540.000 acciones de Asturiana del Zinc, SA, representativas del 20% de su capital social por un precio de 7.078 millones pts. El coste por acción fue de 4.596 pesetas cuando su valor de cotización en Bolsa era de 3.290 pesetas.

El día 27 de febrero de 1992 Bank of America National Trust and Savings Association concedió un nuevo préstamo a Swoboda Handels Und Beratungs Gesellschaft por importe de 4.922 millones de pesetas, con la finalidad de pagar los intereses de los dos préstamos y para la compra de más acciones de Asturiana del Zinc. En garantía de ese préstamo, Swoboda constituyó una prenda sobre las 1.440.000 acciones de Asturiana del Zinc en favor de Bank of America National.

Con fecha 27 de febrero de 1992 , Swoboda concedió una opción de compra a la Corporación sobre todas las acciones de Asturiana del Zinc que poseyera y que estuvieran en prenda en Bank of America National Trust and Savings Association. Esta opción sólo se podía ejercer si Swoboda no abonaba en su momento las cantidades adeudadas al Bank of America.

Se establecía también que el precio a pagar por Corporación sería el del cambio oficial de dichas acciones en el momento de formalizar la compra o bien el valor contable en caso de que no cotizara en bolsa. se acordó asimismo que el pago se aplicaría por el Bank of America a la deuda que tuviera con Swoboda.

El mismo día , la Corporación Banesto concedió una opción de venta al Bank of America sobre las acciones de Asturiana del Zinc de las que fuera propietario este último , bien como consecuencia de la ejecución de la prenda de Swoboda o bien como consecuencia de cualesquiera otras facultades que pudieran corresponderle a través de los contratos de préstamos a Swoboda o de sus garantías. La opción de venta podría ser ejercitada durante un plazo de tres meses a contar desde el día en que Bank of America resultase propietario de las acciones de Asturiana del Zinc, siendo el precio a pagar a Corporación el del cambio oficial en el momento de la transmisión.

En las cuentas de Corporación en el año 1992 no se provisionó cantidad alguna por esta operación . Esta operación fue consultada, en los aspectos contables, a los auditores del Banco .

11. El 31 de agosto de 1992 la sociedad Bellingham Investment Ltd. tenía depositadas en Banesto 9.908.800 acciones de la compañía eléctrica Fecsa cuyo valor era de 6.287 millones de pesetas. Por otra parte a 30 de junio de 1993 Banesto tenía prestados 10.372 millones de pesetas a Bellingham que mantenía en esos momentos un saldo a su favor en cuenta corriente de 2.188 millones de pesetas producto de la venta parcial de acciones Fecsa.

En el mes de junio de 1993 las sociedades Le Roi Investment Ltd., Avonside Ltd, Metro Int. Ltd., Groveline Ltd., Orbit Int Ltd. y Lynx, sociedades filiales de Harrington Ltd , que a su vez era filial 100% de Banesto, acudieron a la privatización de la sociedad eléctrica venezolana Elecar comprando 18.919.503 acciones.

Al mes siguiente, concretamente el 13 de julio de 1993 Bellingham tenía depositadas en Banesto 6.517.000 acciones de Fecsa.

En esa misma fecha, Julio de 1993, las sociedades Le Roi Investment Ltd., Avonside Ltd, Metro Int. Ltd., Groveline Ltd., Orbit Int Ltd. y Lynx vendieron sus 18.919.503 acciones de Elecar obteniendo un beneficio de 28,3 millones de dólares. De este modo Endesa compensó a Banesto de sus pérdidas en la venta de las acciones de Fecsa.

El día 30 de julio de 1993 las seis filiales de Harrington Ltd repartieron dividendo de los 28,3 millones de dólares de beneficios obtenidos en la venta de acciones Elecar. Harrington Ltd recibió un abono global de 3.709 millones de pesetas, y los contabilizó como beneficios , pagándolos a Banesto también como dividendos. Este importe se contabilizó como beneficio en Banesto.

El 6 de agosto de 1993 Bellingham amortizó 6.699 millones de pesetas de su deuda con Banesto mediante un traspaso de su cuenta corriente. En Septiembre de 1993,

Bellingham redució el saldo deudor en 12 millones de pesetas , quedando definitivamente deudor con Banesto en la cantidad 3.660 millones de pesetas , no recuperada, y no contabilizada como perdida ni hecha la correspondiente provisión por los servicios de contabilidad del Banco . Se contabilizó como beneficio la cantidad abonada por Endesa de 3.709 millones de pesetas .

12. El 1 de marzo de 1991 Corporación emitió dos facturas a cargo de Banesto por un total de 4.122 millones de pesetas. El 1 de octubre Corporación anuló las facturas anteriores y emitió una nueva por el mismo importe. El concepto de las facturas era por gastos de salida a Bolsa de Corporación. Estos gastos fueron contabilizados en el activo y no en la cuenta de pérdidas y ganancias de aquél ejercicio .

No ha quedado acreditado que se incluyesen conceptos dentro de esta factura no correspondientes a gastos de establecimiento .

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:**

1. **Que debemos condenar y condenamos** a los acusados Mario Antonio Conde Conde y Arturo Romaní Biescas, como autores responsables de un delito de apropiación indebida , ya definido, en relación con la denominada “ Operación Cementeras ”, sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal , a las siguientes penas :

- A Mario Conde Conde la pena de cuatro años y dos meses de prisión menor y la accesoria de suspensión de todo cargo público, durante el tiempo de la condena .

- A Arturo Romaní Biescas la pena de cuatro años de prisión menor y la accesoria de suspensión de todo cargo público, durante el tiempo de la condena .

Ambos acusados deberán indemnizar solidariamente al Banco Español de Crédito (por iguales cuotas en interna distribución) en la cantidad de 1556 millones de pesetas . De esta cantidad responderán subsidiariamente las sociedades Gay Cordon S.A. en la proporción de 332.552.000 pts, y Data Transmissions System S.A. en la suma de 1.224.000.000 pts .

Se decreta el comiso de las siguientes fincas ,cuyo detalle obra en los fundamentos jurídicos de esta resolución : la finca denominada “ El Cuarto del Rincón ” ; la denominada “ Hacienda de los Melonares ”, en la ciudad de Sevilla ; y las fincas denominadas Campoleta en la ciudad de Mallorca .

2. Que debemos condenar y condenamos a los acusados Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas y Rafael Pérez Escolar , como autores responsables de un delito continuado de estafa , ya definido, en relación con las operaciones denominadas “ Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor S.A. ” , sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal , a las siguientes penas :

- Al Acusado Mario Conde Conde la pena de seis años de prisión y multa de doce meses con cuota diaria de cincuenta mil pesetas , más la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de profesión relacionada con la administración o dirección de empresas , durante el tiempo de la condena .

- A los acusados Arturo Romaní Biescas y Rafael Pérez Escolar la pena de cinco años y ocho meses de prisión, y multa de doce meses con cuota diaria de cincuenta mil pesetas , más la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de profesión relacionada con la administración o dirección de empresas , durante el tiempo de la condena

Los acusados Mario Conde Conde y Arturo Romaní Biescas indemnizarán solidariamente al Banco Español de Crédito (por iguales cuotas en interna distribución) en la cantidad de 985.016.900 ptas., por el hecho relativo al Centro Comercial Concha Espina, más 895.000.000 pesetas por el hecho relativo a Oil Dor. De estas cantidades responderá subsidiariamente la sociedad Montilsa, S.L.

El acusado Rafael Pérez Escolar deberá indemnizar al Banco Español de Crédito en la cantidad de 178.155.000 ptas., en relación con el Centro Comercial Concha Espina, más la suma de 638.000.000 pts. por el hecho Oil Dor S.A. , cantidades de las que responderán subsidiariamente las siguientes sociedades : 1) La sociedad Cifuentes 2000,

S.A. en la cantidad de 178.155.000 ptas , en relación con el Centro Comercial Concha Espina , más 58.000.000 pts. en relación con Oil Dor ; 2) Las Jaras de San Luis, en la cantidad de 130.500.000 pts; Sta. Cruz de Bujedo, en la cantidad de 188.500.000 pts; San Antón del Espino, en la cantidad de 145.000.000 de pesetas y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis, en la cantidad de 116.000.000 pts.

Que debemos absolver y absolvemos por este hecho a Fernando Garro Carballo y de la responsabilidad civil subsidiaria a la sociedad Inversiones San Fergo S.A.

3. **Que debemos condenar y condenamos** al acusado Arturo Romaní Biescas como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido y al acusado Rafael Pérez Escolar , como cómplice de este delito , en relación con la operación “Carbuos Metálicos ” , sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas :

- Al acusado Arturo Romaní a la pena de 4 años de prisión menor , más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena .

- Al acusado Rafael Pérez Escolar , a la pena de cuatro meses de arresto mayor, más la accesoria legal de suspensión de todo cargo público, durante el tiempo de la condena ,

El acusado Arturo Romaní Biescas indemnizará al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas y subsidiariamente deberá hacerlo Rafael Pérez Escolar .

Que debemos absolver y absolvemos a Mario Conde Conde del delito de apropiación indebida por el que fue acusado, en relación con la denominada operación “Carbuos Metálicos”.

Que debemos absolver y absolvemos a Jacobo Hachuel Moreno del delito de apropiación indebida por el que fue acusado, en relación con la denominada operación “Carbuos Metálicos ”, por prescripción del delito, y de la responsabilidad civil subsidiaria a la sociedad Mariella Real State .

4. **Que debemos condenar y condenamos** al acusado Fernando Garro Carballo, como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, ya definido , en relación con la denominada operación “ Locales Comerciales ”, a la pena de seis años de prisión y multa de doce meses a razón de cincuenta mil pesetas diarias, con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de profesión relacionada con la administración y dirección de empresas , durante el tiempo de la condena , y a que indemnice al Banco Español de Crédito en la cantidad de 1550 millones de pesetas.

No ha lugar a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Inversiones Archanda, S.A., al no haber sido parte en este juicio .

Se decreta el comiso de las fincas sitas en la ciudad de Ibiza reseñadas en los fundamentos jurídicos de esta resolución .

5. **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde del delito de apropiación indebida por el que fue acusado, en relación con la denominada operación “ **retirada de caja de 300 millones de pesetas** ”, por prescripción del delito .

6 . **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas , Eugenio Martínez Jiménez , Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges Sitges , de los delitos de apropiación indebida y estafa , por los que fueron acusados, en relación con la denominada operación “ Isolux ”, y a las sociedades EUMAN S.A., VALYSER S.A, y JAMUNA S.A. de la responsabilidad civil subsidiaria .

7. **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas , Eugenio Martínez Jiménez , Mariano Gómez de Liaño y Francisco Javier Sitges Sitges , de los delitos de apropiación indebida y estafa , por los que fueron acusados, en relación con la denominada operación “ Promociones Hoteleras ” , y a las sociedades EUMAN S.A., VALYSER S.A, ASNI INVESTMENT , y DOÑA ASCENSIÓN S.A, de la responsabilidad civil subsidiaria .

8. **Que debemos absolver y absolvemos** a Mario Antonio Conde Conde, Arturo Romaní Biescas , Juan Belloso Garrido, Enrique Lasarte y Pérez Arregui, Rafael Pérez Escolar y Ramiro Nuñez Villaveirán y Ovilo , de los delitos de falsedad documental y demás delitos no anteriormente expresados , por los que fueron acusados, en relación con la denominada operación “ artificios contables ” .

No ha lugar a declarar la responsabilidad civil directa de AGF-La Unión y el FENIX S.A..

Los acusados abonarán las costas procesales en la siguiente proporción : Mario Conde 2/28 de las costas causadas . Arturo Romaní 3/28 de las costas causadas ; Rafael Pérez Escolar 3/28 de las costas causadas ; Fernando Garro Carballo 1/28 de las costas causadas ; incluidas las relativas a las acusaciones populares o particulares que formularon acusación por los hechos de los que resultan condenados . Las demás costas causadas se declaran de oficio .

Abónese a los acusados que resultan condenados el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa .

3.- **Notificada la sentencia a las partes**, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, acusaciones particulares, acusaciones públicas, por los procesados y por los Responsables Civiles Subsidiarios, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del **MINISTERIO FISCAL**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

Los tres motivos primeros afectan únicamente al acusado Mario Conde Conde.

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que existe error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador. Se refiere a la retirada de caja de 300.000.000 de pesetas.

SEGUNDO.- Se formula al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal. Es subsidiario del anterior y en función del cambio del hecho probado estima que no ha prescrito el delito de disposición de 300.000.000 de pesetas.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 113 del Código Penal de 1.973. Tomando la fecha del hecho (Abril 89) hasta la interposición de la querrela (Noviembre del 94), la Sala sentenciadora llega a la conclusión de que los mismos han prescrito conforme al art. 113 del Código Penal. El motivo se refiere exclusivamente a Mario Conde.

CUARTO.- Se interpone al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 113 del Código Penal de 1.973. Los hechos se refieren a Jacobo Achuel Moreno. El delito está en relación con Carburos Metálicos.

QUINTO.- Se denuncia infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

Afectan a los Acusados Mario Conde, Arturo Romaní, Enrique Lasarte, Juan Beloso y Ramiro Núñez-Villaveiran.

Se refiere a los artificios contables.

SEXTO.- Se formula al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por estimar que se ha inaplicado el art. 290 del Código Penal. Se refiere también a las anteriores.

SEPTIMO .- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación del art. 290 del nuevo Código Penal en relación con los arts. 303 y 302 nº 4 del Código Penal de 1.973. Se refiere también a los mencionados con anterioridad.

RECURSOS DE LAS ACUSACIONES PARTICULARES

- La representación de la Acusación Particular, **FONDO DE GARANTIA DE DEPOSITOS EN ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación del art. 69 bis del CP de 1.973 en relación con los arts. 535,528 y 529.7º de dicho Texto Punitivo. En lo que se refiere al hecho delictivo la Sentencia define en el hecho probado primero como “retirada de caja de 300.000.000 de pesetas”.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación del art. 113 párrafo 4º y falta de aplicación del párrafo 3º de ese mismo art., ambos del CP de 1.973 vigente al cometerse el hecho e iniciarse el procedimiento, en relación con el hecho primero “retirada de caja de 300.000.000 de pesetas” y referente al acusado Mario Conde Conde.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por aplicación indebida del art. 114.2 del CP de 1.973 vigente al cometerse los hechos e iniciarse el proceso, en relación con el art. 113 párrafo 4º del mismo texto legal en relación con el hecho probado V “carburos metálicos” y referente al acusado Jacobo Achuel Moreno.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en las actuaciones y que demuestran el error del juzgador.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de los particulares de los documentos que se citan en el extracto de este motivo.

SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de los particulares de los documentos obrantes en autos que se señalan y analizan en el desarrollo de este motivo.

SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por falta de aplicación del art. 303 en relación con el art. 302.4º y art. 69 bis todos ellos del CP de 1.973 vigente al momento de cometerse los hechos.

OCTAVO.- Al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim, por infracción, por su no aplicación a los hechos del art. 392 del CP de 1.995 en relación con los arts. 390.1 primero y 74.1 del citado Texto Punitivo, caso de estimarse más favorable al reo la penalidad resultante de estos preceptos que la que resultaría de estimarse el motivo preferente, que aplica el Código derogado vigente al cometerse el delito.

NOVENO.- Al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim., por infracción por falta de aplicación del art. 290.1 y 2 del CP de 1.995 como subsidiario del anterior.

DECIMO.- Al amparo del n° 1° del art. 849 de la LECrim., por infracción por falta de aplicación del artículo 14.1 del CP de 1.973 vigente al cometerse los hechos, en relación con los arts. 303 y 302.4° de ese Código y subsidiariamente y de ser más favorable al reo del art. 28 párrafo 1 en relación con el art. 392 y 290.1 primero o alternativamente el 290 del CP de 1.995.

UNDECIMO.- Al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por la infracción por su falta de aplicación del art. 104 en relación con el 19 ambos del CP de 1.973 vigente al cometerse los hechos.

DUODECIMO.- Al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por infracción por su falta de aplicación del art. 76 de la Ley 50/1.980 de 8 de Octubre, de contrato de seguro en relación con el 104 del CP de 1.973.

- La representación de los Acusadores Particulares, **D. FRANCISCO CARDIN GONZALEZ, D^a MARIA JOSEFA CARDIN GONZALEZ, D^a MARIA COVADONGA MATA CARDIN Y D^a AMALIA CUBILLO DE CARLOS**, basan su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

*** Accionistas de Banesto.**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por estimar infringido el art. 540 del Código Penal de 1.973 o 284 del CP de 1.995 (maquinaciones para alterar el precio de las cosas).

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2° de la LECrim., por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar que se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución por no incluir al Banco Español de

Crédito como responsable civil subsidiario y la inclusión en el fallo de los delitos de maquinaciones y estafa.

CUARTO.- Al amparo del art. 850.1º de la LECrim., por quebrantamiento de forma.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º de la LECrim.

- La representación de **D. EDUARDO PEREZ RUBIO, DOÑA CONCEPCION INSA FUSTER Y D. MANUEL RABADAN**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

*** Deben ser accionistas del Banco Español de Crédito.**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido el art. 540 del CP de 1.973 o 284 del CP vigente del delito de maquinaciones par alterar el precio de las cosas.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por infracción de ley, por estimar que ha existido error en la apreciación de la prueba como se ha examinado en el motivo anterior al amparo del art. 849.1º.

TERCERO.- Al amparo del art. 54 de la Ley orgánica del Poder Judicial por vulneración del art. 24 de la Constitución por no incluir al Banco Español de Crédito como responsable civil subsidiario y la no inclusión de la condena por absolución por los delitos de maquinaciones por alterar el precio de las cosas.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la LECrim., por resultar manifiesta contradicción de los hechos probados y la calificación jurídica de la sentencia.

- La representación de **DOÑA MARIA VICTORIA DE LA MUELA MIALDEA Y DE D. PATRIK-HENRI MAUNDER DE LA ASOCIACION PARA LA DEFENSA DEL ACCIONISTA**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- al amparo del art. 5.4 de la LO del Poder Judicial por estimar que la sentencia recurrida infringe por falta de aplicación el art. 24.1 de la Constitución Española, causando una evidente indefensión a esta parte por no considerar responsable civil subsidiario al Banco Español de Crédito.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.2º de la LECrim., por haber admitido la citación de Banesto como Responsable civil subsidiario para su comparecencia en el acto del juicio oral.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción del art. 540 del anterior Código Penal y del art. 284 del nuevo Código Penal en relación con los arts. 15.bis del anterior Código Penal y 31 del nuevo Código Penal en relación con el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que existe error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos de la equivocación del juzgador y no contradichos por otras pruebas.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba basada en documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador y no contradichos por otras pruebas.

- La representación del **BANCO ESPAÑOL DE CREDITO**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por haber infringido el artículo 69 bis del CP de 1.963 (art. 74 del CP de 1.995) por su no

aplicación al no apreciar la continuidad delictiva en la denominada operación de retirada de caja de 300.000.000 millones.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim, por haber infringido la sentencia el art. 113 del CP de 1.963 (y en su caso el art. 114 del CP vigente) al aplicar indebidamente la prescripción a la retirada de caja de 300.000.000 de pesetas.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim, por haber infringido la sentencia el art. 114 del CP de 1.973 (en relación con el art. 113 del propio texto) referente a la participación de Jacks Hachuel en la operación denominada Carbuos que se considera prescrita.

- La representación de **LA ASOCIACION PARA LA DEFENSA DEL ACCIONISTA, CREACIONES BERBEGAL Y UNA SERIE DE PERSONAS ENCABEZADAS POR D. SANTIAGO FERNANDEZ GUTIERREZ**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por estimar infringido el art. 540 del CP de 1.973 o 284 del CP vigente en relación con el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., de los hechos declarados probados en la sentencia como hemos examinado en el motivo anterior al amparo del art. 849.1º.

TERCERO.- al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.1 de la Constitución por no haber considerado al Banco Español de Crédito como Responsable Civil subsidiario y no haber incluido la absolución o condena por el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1° de la LECrim., por no resolver todos los hechos objeto de calificación.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.2° de la LECrim., por no hacer expresa mención de lo que ha sido probado o no probado.

RECURSOS DE LAS ACUSACIONES POPULARES

- La representación de la Acusación Popular, **ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS, AUSBANC**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por inaplicación del art. 69 bis del CP de 1.973 en relación con los artículos aplicados 535, 528 y 529 circunstancia 7ª del texto legal. Se refiere a la operación denominada “retirada de caja de 300.000.000 de pesetas”.

SEGUNDO.- Y como correlativo del anterior, por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por inaplicación del art. 69 bis en relación con los arts. 535, 528 , 529.7ª, 112 6ª párrafo 3° del art. 113 y 114 del CP e indebida aplicación del párrafo 4° del art. 113 del mencionado texto legal. Se refiere a la retirada de caja de 300.000.000 de pesetas.

Motivos del recurso de casación en relación con la operación Carburos metálicos, por la cual se decreta la prescripción del delito para el acusado Jaboco Achuel Moreno y por ende su absolución con condena para el resto de los copartícipes del ilícito penal.

PRIMERO Y UNICO.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 112.6°, 113.4° y 114.2° del CP de 1.973 en relación con los artículos debidamente aplicados 535, 528 y 529 circunstancia 7ª del enunciado texto legal.

- La representación de la Acusación Popular, **LA FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia en lo que se refiere a la operación denominada retirada de caja de 300.000.000 de pesetas infringe por interpretación errónea el art. 69 bis del texto refundido del Código Penal vigente en el momento de producirse los hechos delictivos (art. 74.1 del vigente CP de 1.995).

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender, en lo que se refiere a la operación Carbuos Metálicos y en lo que respecta a Jacobo Hachuel Moreno, que se ha infringido por indebida aplicación el art. 113 del Código Penal de 1.973 y 131 del Código Penal vigente.

- La representación de la Acusación Popular, **LA FEDERACION DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., al haber desconocido en su aplicación la sentencia impugnada el art. 69 bis del CP de 1.963 (art. 74 del CP de 1.995) no apreciando la continuidad delictiva en la denominada operación “retirada de caja de 300.000.000”.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infringir la sentencia impugnada el art. 113 del CP de 1.973 al estimar la prescripción del delito en la operación “retirada de cajas de 300.000.000”.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infringir la sentencia impugnada el art. 114 del CP de 1º.973 en cuanto estima la prescripción respecto de Jackes Hachuel en la denominada “operación carburos”.

CUARTO.- al amparo del art. 849.1º de LECrim., por infringir la sentencia el art. 14 del CP de 1.973 “art. 28 del Código de 1.995”, al aplicar en su lugar el art. 16 del CP de 1.973 “art. 29 del CP de 1.995) en lo relativo a la participación de Rafael Pérez Escolar en la denominada operación “canguros metálicos”.

QUINTO.- al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infringir la sentencia de instancia el art. 303 en relación con el 302.4º del CP de 1.973 (art. 290 del CP de 1.995).

RECURSOS DE LOS ACUSADOS Y RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS

- La representación del procesado **MARIO CONDE CONDE**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, previsto en el art. 24.2 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, en razón de la falta de imparcialidad de los peritos designados por el Juez, previsto en el art. 24.2 de la Constitución Española.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, al haberse lesionado el contenido esencial del artículo 24.2 CE por infracción del principio acusatorio (acusación sorpresiva en la Operación Cementeras).

CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE en el reconocimiento a D. Mario Conde del derecho a un proceso con todas las garantías (informe AEAT sobre GESTIESA).

QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por estimarse vulnerado el art. 25.1, en relación con el 9.3 CE, como consecuencia de la aplicación retroactiva en perjuicio del reo del art. 250.6ª y 7ª del Código Penal vigente y consiguiente inaplicación del art. 529.7ª, con relación al art. 528 del Código Penal, texto refundido de 1.973 en vigor en el momento de los hechos. (Operación Concha Espina).

SEXTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Cementeras” (explicación racional de la operación).

SEPTIMO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Cementeras” (falta de participación en la operación y en el destino de los fondos).

OCTAVO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Centro Comercial Concha Espina” (falta de relación con GESTIESA).

NOVENO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Centro Comercial Concha Espina” (falta de participación).

DECIMO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Centro Comercial Concha Espina” (falta de intervención en la disposición de los fondos de la operación).

UNDECIMO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Oil Dor” (falta de participación).

DUODECIMO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Oil Dor” (falta de participación en el destino de los fondos).

DECIMOTERCERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 CE, por la lesión del derecho de D. Mario Conde a la presunción de inocencia, en relación con la “Operación Oil Dor” (calificación de la operación como de “alto riesgo”).

DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley, a tenor del art. 849.2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante, en relación con la denominada “Operación Cementeras”.

DECIMOQUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., correlativo del motivo decimocuarto.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley, a tenor del art. 849.2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante, en relación con la denominada “Operación Cementeras” (disposición de fondos).

DECIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., como correlativo del motivo decimosexto.

DECIMOCTAVO.- Por infracción de ley, a tenor del art. 849.2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan

más adelante, en relación con la denominada “Operación Centro Comercial Concha Espina” (intervención de GESTIESA).

DECIMONOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., como correlativo del motivo decimooctavo.

VIGESIMO.- Por infracción de ley, a tenor del art. 849.2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante, en relación con la denominada “Operación Dentro Comercial Concha Espina” (composición de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto).

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., como correlativo del motivo vigésimo.

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley, a tenor del art. 849.2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante, en relación con la denominada “Operación Centro Comercial Concha Espina” (devolución del préstamo de MONTILSA).

VIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., como correlativo del motivo vigesimosegundo.

VIGESIMOCUARTO.- Por infracción de ley, a tenor del art. 849.2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante, en relación con la denominada “Operación Oil Dor” (composición de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto).

VIGESIMOQUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., como correlativo del motivo vigesimocuarto.

VIGESIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente aplicado el artículo 535 del Código Penal, texto refundido de

1.973, con relación a los artículos 529.7ª y 528 del derogado Código Penal (Operación Cementeras).

VIGESIMOSEPTIMO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la aplicación errónea del artículo 535 en relación a los artículos 529.7ª y 528 del Código Penal, y consiguiente inaplicación del artículo 546.bis.a (artículo 298.1 del vigente Código Penal) del Código Penal texto refundido de 1.973 (delito de receptación). (Operación Cementeras).

VIGESIMOCTAVO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, estimándose infringido el art. 24 del Código Penal, texto refundido de 1.973 (art. 2.2 del Código Penal vigente), con relación al art. 295 del Código Penal vigente, indebidamente preferido al aplicar la sentencia el art. 535 del Código Penal texto refundido de 1.973. (Operación Cementeras).

VIGESIMONOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., denunciándose la interpretación errónea por el tribunal “a quo” de los efectos agravatorios de la circunstancia séptima del art. 529, con relación al 528 del Código Penal de 1.973 vigente al momento de los hechos enjuiciados. (Operación Cementeras).

TRIGESIMO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la interpretación errónea del art. 14.1º del CP, con relación a los artículos 528, 529.7º y 535 (art. 28, con relación a los artículos 250 y 252 del vigente CP) y la indebida inaplicación del art. 16 del Código Penal (hoy art. 29). (Operación Cementeras).

TRIGESIMOPRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la infracción de la regla 4ª del art. 61 del CP, texto refundido de 1.973, erróneamente interpretada por el tribunal “a quo”. (Operación Cementeras).

TRIGESIMOSEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la aplicación indebida del art. 250.6ª y 7ª, con relación al art. 248 del Código Penal vigente. (Operación Concha Espina).

TRIGESIMOTERCERO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la aplicación indebida del art. 250-6ª y 7ª del CP vigente, en perjuicio del art. 546 bis a) (hoy 298: delito de receptación). (Operación Concha Espina).

TRIGESIMOCUARTO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, estimándose infringido el artículo 2.2 del Código Penal vigente (art. 24 del Código Penal, texto refundido de 1.973) al aplicar indebidamente la sentencia recurrida el artículo 250.6ª y 7ª, con relación al artículo 248 del actual Código Penal, en lugar del artículo 295 del vigente texto punitivo. (Operación Concha Espina).

TRIGESIMOQUINTO.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la aplicación indebida del art. 28 del Código Penal vigente, (artículo 14 del Código Penal texto refundido de 1.973) con relación a los arts. 250.6ª y 7ª y 248 (Operación Concha Espina).

TRIGESIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la interpretación errónea del art. 106 del Código Penal, texto refundido de 1.973 (art. 116.2 del vigente Código Penal). (Operación Concha Espina).

TRIGESIMOSEPTIMO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente aplicado el art. 529.7ª, con relación al art. 528, del Código Penal texto refundido de 1.973. (Operación Oil Dor).

TRIGESIMOCTAVO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, denunciándose la violación del art. 2.2 del vigente Código Penal, (artículo 24 del Código Penal texto refundido de 1.973) con relación al art. 295 del vigente Código Penal inaplicado por la sentencia. (Operación Oil Dor).

TRIGESIMONOVENO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente interpretado el artículo 74.1 del Código Penal vigente, con relación a los artículos 529.7ª del texto refundido de 1.973 y 250.6ª y 7ª del Código Penal de 1.995 (Operación Oil Dor).

- La representación del procesado **ARTURO ROMANI BIESCAS**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

I OPERACIONES CEMENTERAS

PRIMERO.- Al amparo del art. 851.1º de la LECivil, por existir manifiesta contradicción entre los hechos declarados como probados entre los relatados en los folios 66, 67 y 68 de la Sentencia apartados 2 y 3 del relato de hechos.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba designándose a estos efectos los documentos indubitados que aparecen a los folios 2940 a 2951 de la pieza principal.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim, por haber existido error en la apreciación de la prueba basada en documentos que aparecen a los folios 2944; 2945; 2925 a 2.927 y ss; 1885 a 1895 y 10.820 todos ellos de la pieza principal.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba según se desprende de los documentos obrantes a los folios 29.460 a 29.546 de la pieza principal.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24.2 de la Constitución y el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque se ha producido una inquisitio generalis.

SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la Constitución y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por haber tenido en cuenta la prueba pericial de los llamados peritos del Banco de España.

SEPTIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la Constitución así como el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por estimar que existe una quiebra del principio acusatorio.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la Constitución y art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del principio de presunción de inocencia.

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la Constitución y art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por vulneración del principio de presunción de inocencia.

DECIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la Constitución y art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por estimar que no se ha acreditado que la sociedad LONGANOR SA sea propiedad del recurrente.

UNDECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido por indebida aplicación los arts. 535, 528 y 529.7º del CP de 1.973 y también indebida aplicación del art. 25 de la Constitución y con ello del principio de legalidad. Con carácter alternativo y subsidiario denuncia la indebida aplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995 en atención al principio de vigencia de las normas art. 25.1º de la Constitución Española.

DUODECIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por haberse infringido los arts. 27 y 28 del Código Penal de 1.995 o en su caso los arts. 12 y 14 del CP de 1.973.

Después de enunciado renuncia al mismo.

II. OPERACIÓN CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA.

DECIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber existido error en la apreciación de la prueba derivado de los documentos contenidos en los folios 91 y ss de los tomos 41 a 43 de la pieza documentada; del contenido de los folios 2.237 a 2.244 de la pieza documental; del contenido de los certificados aportados por esta parte en el turno de intervenciones establecido al amparo del art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en concreto el certificado del corredor de comercio Santiago Travesero y Colón de Carvajal; así como del contenido de los folios 30.577 y ss de la pieza documental.

DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2° de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba según se deriva de los documentos obrantes a los folios 383 a 409 de la pieza principal; las actas de la comisión ejecutiva de la corporación industrial Banesto contenidas en el Tomo 41 de la pieza documental; las actas de la comisión ejecutiva de corporación industrial Banesto contenidas en el Tomo 42 de la pieza documental; folios 117 a 134 del Tomo 42 de la pieza documental.

DECIMOQUINTO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como por infracción del art. 24.2 de la Constitución y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por infracción del principio de presunción de inocencia.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido por indebida aplicación los arts. 248 y 250.6 y 7 del Código Penal de 1.995 y con carácter subsidiario alternativo por indebida aplicación del art. 295 del CP de 1.995.

III OPERACIÓN OIL DOR

DECIMOSEPTIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber existido error en la apreciación de la prueba designándose como documentos los folios 383 a 409 de la pieza principal; las actas de la comisión ejecutiva de la corporación industrial Banesto contenidas en el Tomo 41 de la pieza documental; las actas de la comisión ejecutiva de la corporación industrial Banesto contenidas en el Tomo 42 de la pieza documental, folios 117 a 134 de dicho Tomo 42.

DECIMOCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba designándose como documento el acta de la comisión ejecutiva de fecha 2 de Abril de 1.992 obrante al folio 136 del Tomo 41 de la Pieza documental.

DECIMONOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la Constitución así como el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por vulneración del principio de presunción de inocencia.

VIGESIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido por aplicación indebida los arts. 528 en relación con el 529.7º del Código Penal de 1.973 y alternativamente por indebida aplicación del art. 295 del CP de 1.995.

IV OPERACIÓN CARBUROS METALICOS.

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración del art. 24.1 en relación con el art. 118 ambos de la Constitución, por estimar que se ha vulnerado el derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva.

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración del art. 24.2 de la Constitución y del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por estimar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

VIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7º del CP de 1.973 e indebida aplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995, así como el art. 25 de la Constitución y con carácter subsidiario por indebida inaplicación el art. 295 del Código Penal de 1.995.

- La representación del procesado **FERNANDO GARRO CARBALLO**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley según el artículo 24.2 de la Constitución.

SEGUNDO.- al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un proceso público y con todas las garantías.

TERCERO.- Al amparo del art. 4.5 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías en relación con el de obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión.

CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con prohibición de la indefensión.

QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías en relación con la tutela efectiva de jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión.

SEXTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim., por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador.

NOVENO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por no haberse expresado clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

DECIMO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por no haberse expresado clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

UNDÉCIMO.- Por quebrantamiento de forma al ampaor del art. 851.1 de la LECrim., por no haberse expresado clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

DUODECIMO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por estimar que resulta manifiesta contradicción entre los hechos probados.

DECIMOTERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por consignar como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo.

DECIMOCUARTO.- Por quebrantamiento de forma 851.1 por consignar como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impican la predeterminación del fallo.

DECIMOQUINTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de la prohibición de la indefensión.

DECIMOSEXTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de la prohibición de la indefensión.

DECIMOCTAVO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un derecho público y con todas las garantías.

DECIMOCTAVO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del principio de legalidad.

DECIMONOVENO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por entender infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

VIGESIMO.- Por infracción de ley al ampaor del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del art. 252 del vigente Código Penal.

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 28 del CP en relación con el 252 del vigente Código Penal.

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación de los arts. 69 bis, 535 y 529.7ª del CP de 1.973, todos ellos interpretados a la luz del art. 25 de la Constitución y 2 del Código Penal vigente.

VIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 66.1ª en relación con el art. 74, 252 y 250.6º del vigente Código Penal.

- La representación del procesado **RAFAEL PEREZ ESCOLAR**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

I. MOTIVOS REFERENTES AL CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal a los hechos que declara probados bajo el epígrafe Centro Comercial Concha Espina.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba y violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 840.2º de la LECrim., por considerar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba y se ha realizado una interpretación arbitraria de la prueba que

vulnera los arts. 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) de la Constitución.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.2º de la LECrim., por estimar que ha existido error en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., al apreciar que la conducta del recurrente está presente el dolo, produciéndose así la infracción del art. 248 del Código Penal.

SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 849.2º de la LECrim., por considerar que la sentencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.

II. MOTIVOS REFERENTES A OIL DOR

SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que la sentencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba y que vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.2º de la LECrim., por considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba al declarar probado la existencia de perjuicio patrimonial.

DECIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por considerar que la sentencia aplicó indebidamente el art. 248 del Código Penal.

UNDÉCIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 849.2º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba al estimar la presencia de ánimo de lucro injusto.

DUODECIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., y del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, con lo que se ha infringido por indebida aplicación los arts. 28 y 248 del Código Penal.

III. MOTIVOS REFERENTES A CARBUROS METALICOS

DECIMOTERCERO.- Por la vía del art. 849.1º de la LECrim., por estimar se ha aplicado indebidamente el art. 535 del Código Penal de 1.973 violando al mismo tiempo la legalidad penal amparada por el art. 25.1º de la Constitución Española.

DECIMOCUARTO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y 5.4 de la LOPJ., por estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 29 del Código Penal definitorio de la complicidad.

DECIMOQUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que ha existido error de hecho en la aplicación de la prueba. Esgrime como argumento el informe de la Policía Judicial sobre carburos.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por violación de los arts. 109 y 110 del Código Penal que definen la responsabilidad civil derivada del delito.

- La representación de la Responsable Civil Subsidiaria, **ENTIDAD MERCANTIL LONGANOR S.A.**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Al amparo del art. 850.2° de la LECrim., por violación del art. 24.1 de la Constitución por haber sido objeto efectivo de condena, con indefensión total, la mercantil LONGANOR S.A no citada ni emplazada de forma alguna en el proceso, con personalidad por completo distinta de los condenados y declarados responsables en el mismo y cuyo principal bien es decomisado por el fallo de la sentencia.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 840.1° de la LECrim., por incongruencia procesal, por ultra petita, con violación del art. 120 y 24.1 y 2 de la Constitución ya que como consecuencia del anterior la relación del patrimonio de mi representada y de ella misma con los hechos objeto del procedimiento no han podido ser objeto de debate procesal, por lo que se ha consumado la vulneración denunciada, según la consolida la doctrina constitucional sobre el vicio de incongruencia.

- La representación de la responsable civil subsidiaria, **ENTIDAD INVERSIONES CAJATAMBO S.L.**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

I. MOTIVOS POR INFRACCION DE LEY.

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por entender que la Sentencia recurrida infringe el art. 127 del Código Penal en cuanto que decomisa una finca propiedad de un tercero a quien no se atribuye por la Sentencia su adquisición con mala fe.

SEGUNDO.- al amparo del art., 849.1 de la LECrim., en su relación con el principio constitucional de la proporcionalidad por entender que la propia sentencia recurrida infringe el art. 127 del CP en cuanto que se condena al comiso de la finca sin estar probado que provenga de las ganancias derivadas del delito.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que no motiva por que mi cliente debe sufrir la pena de comiso.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1° de la Lecrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que, en su caso, la oscuridad de la fundamentación fáctica de la sentencia la hace irrazonada.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida incurre en una evidente falta de claridad de los hechos probados.

SEXTO.- (Primer motivo por infracción de Normas Constitucionales). Al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por entender que la resolución recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en cuanto que regula el derecho de acceder al proceso penal.

SEPTIMO.- (Motivo segundo por infracción de normas constitucionales). Al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 24 en su relación con el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto que regula el derecho de audiencia o de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

- La representación del Responsable Civil Subsidiario, **INVERSIONES LUCENSES S.L.**, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

Con carácter previo pone de relieve que Inversiones Lucenses SL no ha sido parte en el proceso a pesar de que se ha acordado el comiso de una finca de su propiedad.

Hace una serie de consideraciones previas relativas al orden de exposición y resolución de los motivos que se proponen, así como de la admisión de los mismos de la imposibilidad para esta parte de utilizar la vía del artículo 849.2 de la LECrim.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 127 del Código Penal en cuanto decomisa una finca propiedad de un tercero a quien no se le atribuye por la sentencia su adquisición de mala fé.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en su relación con el principio constitucional de proporcionalidad, por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 127 del CP en cuanto que se condena al comiso de la finca sin estar probado que provenga de las ganancias derivadas del delito.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que en su caso la oscuridad de la fundamentación fáctica de la sentencia la hace irrazonada.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que no motivó por qué mi cliente debe sufrir la pena de comiso.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida incurre en una evidente falta de claridad en los hechos probados.

SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la resolución recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en cuanto que regula el derecho de acceder al proceso penal.

SEPTIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en su relación con el artículo 118 de la LECrim de la en cuanto que regula el derecho de audiencia o de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

- La representación de los Responsables Civiles Subsidiarios, **CIFUENTES 2000 S.L, DE LAS JARAS DE SAN LUIS S.A, SANTA CRUZ DE BUJEDO S.A, SAN ANTON DEL ESPINO S.A y APROVECHAMIENTOS AGROPECUARIOS LAS JARAS DE SAN LUIS S.L.,** basan su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

? **Responsables civiles subsidiarios de Rafael Pérez Escolar.**

PRIMERO.- Por infracción de ley, en nombre de Cifuentes 2000 S.L., al amparo de los arts. 849.1 de la LECrim., y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al declarar la sentencia recurrida a dicha sociedad responsable civil subsidiaria de Rafael Pérez Escolar en las operaciones Centro Comercial Concha Espina y Oildor, por lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión con infracción del artículo 24.1 de la Constitución por haberse generado la reclamación de manera extemporánea y de forma sorpresiva por no habersele notificado el auto de transformación.

SEGUNDO.- Por infracción de ley en nombre de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A, Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por considerar que la sentencia recurrida infringe el art. 24.2 de la Constitución por vulnerar la tutela judicial efectiva al declarar responsables civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar sin que las acusaciones hayan establecido en su pretensión las circunstancias determinantes de dicha

responsabilidad y al condenar a las mencionadas sociedades al pago de unos perjuicios de cuantía que no se ha determinado ni directa ni indirectamente.

TERCERO.- Por infracción de ley en nombre de de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A, Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por considerar que la sentencia recurrida incurre en violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión al establecer en su fallo la condena de las sociedades mencionadas como responsables civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar por las operaciones denominadas Centro Comercial Concha Espina y Oildor.

CUARTO.- Por infracción de ley en nombre de de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A, Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 109 del CP al declarar la sentencia recurrida por responsabilidad civil subsidiaria de las mencionadas condenándolos a indemnizar al Banco Español de crédito SA siendo así que ésta entidad bancaria no concurre en la condición de perjudicada.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.1 de la LECrim., en nombre de de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A, Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al no haberse instado la acción civil con ninguna acusación ni haberse opuesto en tal concepto de responsables civiles la declaración de cualquier administrador o representante suyo, y al haber sido traídas sorpresivamente al proceso por auto de aclaración dictado por el Juzgado de Instrucción central nº 3 de fecha 4 de Junio de 1.996 que modificó esencialmente el auto de apertura del juicio oral con infracción del principio de inmodificabilidad de las sentencias y autos definitivos que establece el art. 267 de la LOPJ.

SEXTO.- Por infracción de ley en nombre de de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A, Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos

agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 849.2 de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la realización de la prueba con respecto a las operaciones del Centro Comercial Concha Espina y Oildor, al condenar a las mencionadas como responsables civiles subsidiarias sobre la base fáctica de que pertenecen a Rafael Pérez Escolar, con lo que está en abierta contradicción con documentos literosuficientes obrantes en autos.

- La representación de las entidades Responsables Civiles Subsidiarias, **DATA TRANSMISSIONS SYSTEM**, y **MONTILSA**, basan su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

PRIMERO.- Se renuncia a su formulación.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba.

CUARTO y QUINTO.- Se renuncia a su formulación.

SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba.

SEPTIMO .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7º del CP de 1.973, del art. 295 del CP de 1.995 así como del art. 25 de la Constitución Española en lo referente al principio de legalidad penal y de vigencia de las normas.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2° de la LECrim., al haber existido error en la apreciación de la prueba.

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., en relación al art. 5.4 de la LOPJ., y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución.

DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por haberse infringido los arts. 248 y 250 6° y 7° del Código Penal de 1.995 y con carácter alternativo y subsidiario por indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

UNDECIMO.- Se renuncia a su formulación.

DUODECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por haberse infringido el art. 528 en relación con el 529.7° del CP de 1.973 y con carácter subsidiario por indebida inaplicación del art. 295 del CP de 1.995.

5.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos la Sala admitió los mismos, quedando **conclusos los autos para señalamiento de vista** cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma desde el día 6 de Mayo de 2002, hasta el siguiente día 16 de Mayo de 2002, asistiendo los Letrados de las partes recurrentes y recurridas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. CUESTIONES PREVIAS.

A) ¿CUBRE EL RECURSO DE CASACION EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA?.

PRIMERA.- La representación procesal de Rafael Pérez Escolar al formalizar el trámite de impugnación de los recursos formulados (F. 2389), plantea, como alegación previa, la insuficiencia del Recurso de Casación para cubrir el derecho constitucional del justiciable a la doble instancia y cita la Resolución dictada el día 20 de Julio de 2000 por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

1.- La Resolución del Comité de Derechos Humanos a la que se refiere el recurrente, al conocer sobre una sentencia dictada en casación por esta Sala, concluye afirmando, que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada, limita dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia y no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que estima que ha existido una violación de dicho precepto.

Sigue diciendo que, de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. El Comité declara que la condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 4 del artículo 15 del Pacto.

2.- La cuestión ya fue abordada por esta Sala, en el Auto de 14 de Diciembre de 2001, en el que se deslizan abundantes razonamientos, contrarios a la declaración de nulidad de la sentencia de fecha 9 de Noviembre de 1.993, dictada en el Recurso 2087/92 dimanante de la sentencia pronunciada el día 22 de Febrero de 1992, por la Audiencia Provincial de Toledo, a cuyo contenido nos remitimos.

3.- Es evidente que, en el momento presente, está abierto un debate en nuestro país sobre la conveniencia de establecer un Recurso de Apelación penal, en los delitos que actualmente sólo tienen acceso a la casación, atribuyendo esta competencia a las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las diversas Comunidades

Autónomas, con objeto de que el Recurso de Casación vele, preferentemente, por la corrección interpretativa de los diversos preceptos que puedan ser manejados en el curso de un proceso penal.

Es cierto que la sentencia de 9 de Noviembre de 1.993, afirmaba que las pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También se decía en dicha resolución, que la posible revalorización probatoria, desmaterializaría el Recurso de Casación, convirtiéndolo en una segunda instancia, pero no es menos cierto que, hoy día, el Recurso de Casación ha perdido sus estructuras rígidas y formalistas y ha abierto amplios cauces para revisar, incluso, la valoración probatoria realizada por las Audiencia Provinciales.

4.- La Constitución ha impuesto un cambio de perspectiva, derivado no sólo de sus principios garantistas, sino también de la incorporación a la legislación interna de los grandes textos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional), han sido superados. Las reglas del criterio racional constituyen el núcleo, sobre el que se articula la valoración de la prueba.

La vía de la presunción de inocencia, ha supuesto un importante impulso a la posibilidad de entrar, por el cauce de la casación, en el análisis y ponderación de la actividad probatoria. Por otro lado, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y el rechazo constitucional a cualquier vestigio de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, obliga a razonar suficientemente el proceso seguido para la valoración de la prueba.

El análisis racional de la prueba, es una exigencia del propio valor justicia, pues la irracionalidad y el abandono de la lógica, vulnera el derecho a un juicio justo, que constituye el paradigma de un modelo de proceso penal, en una sociedad democrática.

Como ha señalado la doctrina, una sentencia en la que los hechos se establecen arbitrariamente, es incompatible con un Estado de Derecho que proclama derechos fundamentales por lo que, consecuentemente, se transforma en una cuestión constitucional en sentido estricto.

5.- La jurisprudencia consolidada de esta Sala, viene estableciendo que la función de la casación se extiende a la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba articulada en la instancia. Pero no se agota en este juicio, la actividad revisora de la prueba, ya que se debe analizar su contenido y determinar, si puede ser considerada inculpativa o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia.

Incluso el principio “in dubio pro reo”, que durante mucho tiempo fue considerado como una regla o criterio de interpretación que no tenía acceso a la casación, ni al amparo constitucional, se ha integrado entre los principios valorativos de la prueba y se impone a los juzgadores, obligándoles a decantarse por la absolución cuando tienen alguna duda sobre la culpabilidad del acusado. Su aplicación o inaplicación, al caso concreto, se puede someter a una nueva revisión por el órgano jurisdiccional superior, a través del juicio valorativo de la prueba.

6.- El artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto, hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo. Proyectando esta declaración sobre el proceso penal, el artículo 14.5 del Pacto establece que toda persona declarada culpable de un delito, tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo prescrito por la ley.

El planteamiento de la doble instancia contra las sentencias dictadas originariamente por la Audiencia Provincial y, en este caso, por la Audiencia Nacional, ha sido llevado ante el Tribunal Constitucional, que ha tenido la oportunidad de manifestar su opinión, desde hace tiempo, en numerosas sentencias entre las que podemos citar las 60/1.985; 47/1.986; 79/1.986; 123/1.986 y muchas otras, que han reiterado que el recurso de casación, en su versión constitucional y revisora a la que nos hemos referido, cubre y satisface las exigencias del recurso efectivo en el sentido que quiere darle el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta propia Sala en el Auto de 14 de Diciembre de 2001 y en una sentencia de 8 de Febrero de 2000, que se refiere al alcance del artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio, ha abordado la cuestión de la doble instancia. Se sostiene, en esta última resolución, que el recurso de casación permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados y se termina afirmando, que el recurso de casación, permite una revocación de la sentencia condenatoria y cumple ampliamente con las exigencias mínimas del derecho que garantiza el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin perjuicio de todo ello conviene recordar que, una resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de Mayo de 2000, señala que los Estados partes “conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del reexamen y pueden restringir su extensión”.

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una decisión de 19 de Febrero de 2002, resolviendo una reclamación de un ciudadano español que también denunciaba la inexistencia de la doble instancia en nuestro sistema procesal penal, inadmite la pretensión, por estimarla sin fundamento, al considerar que el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece con carácter prioritario a cualquier otra disposición del mismo, que lo verdaderamente esencial es que, toda persona tenga derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley y que la disposición del artículo 13, en cierta manera, tiene una posición y debe ser interpretada de

manera menos estricta que la anteriormente citada. Para fundamentar esta decisión acude a las resoluciones Pudas c. Suède de 27 october 1987, serie A nº 125-A, p. 17, & 43, et Hentrich c. France de 22 september 1994, serie A nº 296-A, p. 24, & 65; Tricard c. France (déc.), nº 40472/98, CEDH 2000-I. Recuerda que, según su jurisprudencia constante, el hecho de que el reexamen corresponda a una jurisdicción suprema como la del Tribunal Supremo español, que considera limitado a cuestiones de derecho, no es contrario al artículo 6.1 del Convenio. A continuación cita para confrontar, mutatis mutandis, las resoluciones Loewenguth c. France (déc.)(, nº 53183/99, CEDH 2000-VI, Pesti et Frodl c. Autriche (déc.), nº 27618/95 et 27619/95, CEDH 2000-I, et Deperrois c. France (déc), nº 48203/99, 22.6.2000.

7.- Es conveniente señalar que, en nuestro sistema procesal penal, no existe un Recurso de Apelación que permita la repetición íntegra del juicio celebrado en primera instancia.

El artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece la Apelación de las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal ante la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional, restringe su interposición al quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de la prueba e infracción de preceptos constitucionales y legales. Solamente está permitido solicitar la práctica de aquellas diligencias de prueba, que no se pudieron proponer en la primera instancia o las que fueron indebidamente denegadas y de las admitidas que no fueron practicadas, por causas que no sean imputables a la parte recurrente, siempre que se le haya producido indefensión.

En el Recurso de Apelación contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, se limitan los motivos de apelación en el artículo 846 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que a juicio de la doctrina lo convierte en un verdadero recurso de carácter extraordinario.

8.- Esta concepción del Recurso de Apelación, es la que tienen la mayoría de los países que forman parte de la Unión Europea, adscritos al sistema continental y que están

integrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como se señala en el Auto de esta Sala de 14 de Diciembre de 2001, “en Austria el párrafo 294 St PO sólo permite la Apelación respecto de ciertos puntos, en realidad de derecho (determinación de la pena, aplicación de las formas accesorias o medidas así como otras consecuencias jurídicas accesorias y sobre las acciones privadas), sin prever la repetición del juicio. En Alemania el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que la Constitución no garantiza la doble instancia (Confrontese Bvert GE, 54, 277, 291) y en la doctrina se comparte ese punto de vista. Por lo tanto, la repetición del juicio no es tampoco necesaria, aunque los párrafos 312 y ss de la St PO, prevean un Recurso de Apelación con repetición del juicio. La repetición del juicio en la apelación tampoco es necesaria en Francia donde el artículo 513 del Code de Procédure Penal, deja a la discreción de la Cámara de Apelación oír o no a los testigos. En Italia la Constitución sólo prevé como necesario “un recurso de casación por violación de ley” (art. 11 Constitución) y el Codice de Procedura Penale no establece como necesaria la repetición del debate (art. 603) sino cuando el Juez (inclusive la Corte di assise y appello) estima que no puede decidir según el estado de las actuaciones. En la práctica, tanto en Francia como en Italia la regla parece ser la decisión de la apelación sin repetición de la prueba de la primera instancia”.

9.- Como podrá comprobarse por la lectura de la presente sentencia, las numerosas partes intervinientes han tenido la oportunidad de formalizar más de 170 motivos de casación en los que invocan, con reiterada frecuencia, el error de hecho en la apreciación de prueba y la consiguiente revisión de los hechos declarados probados.

También se acude a la presunción de inocencia, como argumento para cuestionar la valoración de la prueba, en su racionalidad y en su argumentación lógica. Ello supone que nos encontramos, ante un recurso que desborda los límites rígidos y formalistas de la casación clásica y que satisface el derecho a la doble instancia.

Por lo expuesto, la cuestión debe ser **desestimada**.

B) ¿VULNERA UN JUEZ DE APOYO EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY?

SEGUNDA.- La representación procesal del acusado Mario Conde plantea, como cuestión preliminar, la posible vulneración del derecho a un Juez Ordinario predeterminado por la ley, previsto en el art. 24.2 de la Constitución, amparándose en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.- Sostiene que la sentencia recurrida adolece de un vicio de nulidad derivado de la vulneración del derecho constitucional, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución (así como en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), a un Juez Ordinario predeterminado por la ley, al haber sido el Magistrado Instructor un Juez designado ad hoc.

La cuestión ha sido planteada a lo largo de la tramitación de las actuaciones y en el trámite preliminar, previsto en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Sala juzgadora rechaza la cuestión, por entender que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya acerca de la misma, si bien quiere recordar que el pronunciamiento se produjo como colofón de una tramitación, por vía Contencioso-Administrativa y no en el marco de la resolución que ha puesto fin a la causa penal, por lo que esta parte, entiende procedente su pronunciamiento en esta fase.

La parte recurrente manifiesta que no trata de poner en cuestión la imparcialidad del Juez Instructor, sino del sistema de designación.

Cita un acuerdo de 25 de octubre de 1.994 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se confiere comisión de servicios al Magistrado de la Audiencia Nacional D. Manuel García-Castellón García-Lomas, para que actúe en el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional. Asimismo

menciona el acuerdo de 25 de Abril de 1.995 en la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial y el acuerdo de 3 de Mayo de 1.995 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se dictó acuerdo de la prórroga de nombramiento, si bien con revocación parcial del anterior acuerdo de la Comisión Permanente, por cuanto limitó la prórroga del Juez “de apoyo” a los asuntos de los que viniera conociendo. Recuerda que, después de diversas prórrogas de la Comisión de Servicios, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, el Magistrado Juez Instructor, abandonó finalmente el Juzgado Central de Instrucción nº 3.

Acude a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, sosteniendo que el nombramiento del Juez Instructor, se llevó a cabo de modo que puede calificarse de designación Ad Hoc o Ad Casum.

Recuerda que el Juzgado Central de Instrucción nº 3, tenía atribuida la competencia para recibir los asuntos denominados “económicos” y era notorio que el Ministerio Fiscal iba a presentar una querrela, entre otros, contra el recurrente. De este modo al estar atribuida la competencia por la materia, al Juzgado Central de Instrucción nº 3 y al asignar los asuntos nuevos que correspondieran a ese juzgado a un Juez determinado, se estaba de hecho previendo la asignación del procedimiento a un Juez preestablecido. El nombramiento, pocos días antes de la inminente presentación de una querrela, (anuncio que era notorio a través de los medios de comunicación) permite afirmar que de hecho el Juez fue nombrado Ad Hoc para la instrucción de esta causa.

Termina solicitando la declaración de la nulidad de todo lo actuado, en virtud de la vulneración del derecho del Juez predeterminado por la ley.

2.- La cuestión ha tenido la oportunidad de ser debatida ampliamente desde el comienzo mismo de las actuaciones, habiéndose formulado las oportunas reclamaciones ante el Consejo General del Poder Judicial, que posteriormente derivó en un recurso contencioso-administrativo, ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que decidió la cuestión en sentido contrario a las pretensiones del recurrente.

El Tribunal Constitucional también fue requerido para que se pronunciase sobre este punto, habiéndolo hecho por Auto de 14 de Febrero de 1.996, en el que se inadmite la demanda por falta de contenido constitucional. La pretensión se extiende al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión, por decisión de la Sala 2ª de 3 de Diciembre de 1.997, considera que la reclamación es inadmisibile por prematura, ya que el pronunciamiento sobre la vulneración del derecho invocado, sólo podría hacerse después de un proceso penal, que agotase todas las instancias nacionales, lo que exigiría una decisión sobre el fondo.

Como señala el propio recurrente, la vulneración del derecho al Juez predeterminado por la ley, fue suscitado en el trámite de cuestiones previas al Juicio Oral, previstas en el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fue resuelta en sentido negativo por la Sala sentenciadora, en Resolución dictada el 9 de Marzo de 1.998.

3.- Sin perjuicio de dar por reproducidas las citas que hace la parte recurrente, en relación con los sucesivos acuerdos de los Organos de Gobierno, que sitúan al Juez Instructor en los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, conviene hacer un breve recorrido por las diversas vicisitudes seguidas, hasta que la presente causa es asumida por él mismo, en función de la competencia que le estaba previamente atribuida.

El Ilmo. Sr. D. Manuel García-Castellón García- Lomas, fue designado Juez del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de la Audiencia Nacional por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por encontrarse su titular, el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, en situación que llevaba consigo el derecho de reserva de plaza, por ocupar un cargo de duración determinada y dotado de inamovilidad.

Habiéndose producido el reintegro del titular, entran en juego las previsiones del apartado 2 del artículo 118 citado y, como se trataba de un órgano unipersonal, quedaba a disposición del Presidente del órgano jurisdiccional en el que estaba integrado, pudiendo prestar sus servicios en los puestos que determinan las respectivas Salas de Gobierno,

habiendo sido adscrito al Juzgado de Instrucción Central n° 3 de la Audiencia Nacional, por acuerdo de este órgano gubernativo de 20 de Mayo de 1.994.

Con objeto de evitar precisamente los problemas que se derivarían, de realizar una nueva reestructuración del reparto de los asuntos pendientes, la Junta de Jueces Centrales, con riguroso y ortodoxo criterio, señaló que el juez adscrito se encargaría sólo de los asuntos de nuevo ingreso.

El Consejo General del Poder Judicial, en acuerdo de 25 de Octubre de 1.994 y haciendo uso de lo previsto en el artículo 216 bis 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisa que más que un juez adscrito es un juez de apoyo, en virtud de que el juez titular estaba desbordado ante la cantidad y la entidad de los asuntos económicos que tenía encomendados, señalando que el Magistrado comisionado, asumirá el conocimiento de los asuntos de nuevo ingreso, a partir del momento de su incorporación al mismo, mientras que el Magistrado titular, conocerá de la totalidad de los ya ingresados en el juzgado en aquella fecha.

4.- De todo lo expuesto, se desprende con claridad, que no se ha creado ningún órgano jurisdiccional, ni se ha designado ningún Juez ad hoc para tramitar una causa ya iniciada, sino que se ha procedido con arreglo a la más estricta legalidad y atendiendo a las evidentes necesidades, derivadas del inevitable retraso que se había originado por la acumulación de asuntos, de una gran envergadura, en un solo Juzgado y en un solo Juez.

Es decir, se han utilizado las previsiones legales para determinar, con carácter previo al hecho procesal de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal, los criterios objetivos y generales que atribuyen la competencia para conocer de todos los asuntos que tuvieran entrada en el Juzgado de Instrucción Central n° 3 de la Audiencia Nacional.

El Tribunal Constitucional, ha tenido oportunidad de sentar una doctrina general y contrastada, en numerosos supuestos que se han sometido a su conocimiento. No existe vulneración del derecho constitucional, cuando el reparto de asuntos, dentro del ámbito

competencial, había sido realizado de forma objetiva y previa a la entrada de una causa en el órgano instructor.

Nos encontramos ante una cuestión orgánica que, como dice el Auto del Tribunal Constitucional 419/90, siempre que se resuelva mediante decisiones previas ajustadas a las normas previstas, para nada afecta al derecho fundamental al Juez Ordinario predeterminado por la ley. Así lo establece de forma tajante el Auto ya mencionado del Tribunal Constitucional, de 14 de Noviembre de 1.996, a cuyo contenido nos remitimos.

Al tratarse de un juez de apoyo, en nada alteraba la unidad y la competencia original del juzgado al que se adscribía, por lo que la predeterminación legal y el respeto a las normas de reparto, se han observado estrictamente en el caso presente, no existiendo vulneración del derecho constitucional al Juez Ordinario predeterminado por la ley.

Por lo expuesto, la cuestión debe ser **desestimada**.

C) ¿SON LOS PERITOS DEL BANCO DE ESPAÑA QUE INTERVINIERON EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO, INDEPENDIENTES PARA ACTUAR EN EL PROCESO PENAL?.

TERCERA.- La representación procesal del acusado Mario Conde plantea en el motivo segundo, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una cuestión que va a ser esgrimida también por otros recurrentes y que hace referencia a la vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, en razón de la falta de imparcialidad de los peritos designados por el Juez y que apoya en el artículo 24.2 de la Constitución.

1.- En su opinión, la prueba pericial practicada por los Inspectores del Banco de España, durante la instrucción y reproducida en el juicio oral y de la cual ha hecho uso la sentencia en la fundamentación jurídica condenatoria, vulnera el derecho fundamental del recurrente a un proceso público con todas las garantías, toda vez que, dentro del contenido mínimo del proceso penal, figura la exigencia de que la pericia se realice por expertos

imparciales, objetivos e independientes, como garantía ineludible en toda diligencia pericial ordenada por el órgano jurisdiccional.

Señala que esta cuestión ha sido suscitada por la parte recurrente, desde el inicio del procedimiento y recuerda que, se tramitó un incidente de recusación previo al amparo constitucional que fue rechazado por la Sala, por considerar que la cuestión había sido resuelta por auto de 4 de Noviembre de 1.997 por el que se resolvía el incidente de recusación de los peritos. No obstante, la propia resolución reconoce que, el planteamiento de la cuestión puede hacerse, en el eventual recurso contra la sentencia.

Sostiene que los expertos no eran imparciales, objetivos e independientes que, la tramitación de la causa, ha venido a demostrar la parcialidad de los peritos designados por el Juez Instructor, circunstancia vedada en su día para esta parte por el secreto de las actuaciones y sólo conocida con posterioridad.

A continuación relata las vicisitudes surgidas a lo largo de la tramitación de la causa y vuelve a insistir que, dos de los peritos a los que designa por sus nombres, eran absolutamente incapaces de llevar a cabo una revisión imparcial, objetiva y neutra de unas operaciones que les habían venido ocupando en los años precedentes, ya que tenían un interés partidario y habían auxiliado y asesorado al Ministerio Fiscal en la preparación de la querella, así como que estaban vinculados a una de las partes acusadoras, al Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios.

2.- La parte recurrente, no realiza un rechazo en bloque de toda la prueba pericial que se ha llevado a efecto, en una causa de las dimensiones y naturaleza de la presente, sino que centra su tacha de parcialidad, en torno a dos funcionarios del Banco de España, que auxiliaron al Ministerio Fiscal en la preparación de la querella.

La recusación ya se planteó ante el Juez de Instrucción que la denegó, reiterando esta decisión ante la Sala, resolviendo un recurso de queja que consideró extemporáneo. Compartimos plenamente la cita que hace la parte recurrente, respecto de que toda persona

tiene derecho a recusar a jueces y peritos y que la razón del sistema es muy clara, ya que el perito es un auxiliador del juez. Se debe partir de la imparcialidad y de la objetividad de quienes asesoran a los Tribunales, aunque sus opiniones no vinculen y, por ello, cuando en el perito concurre una causa de recusación (parentesco con el querellante o el reo, interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante, amistad interna o enemistad manifiesta) cualquiera de las partes, puede advertir esta tacha legal, para mejor preservar la justicia de la decisión judicial. La imparcialidad y la objetividad son denominadores comunes, con las correspondientes matizaciones, de jueces y peritos.

3.- Los informes de los organismos oficiales, que bien lleguen a la causa a petición del órgano jurisdiccional o que, de alguna otra manera se incorporen a la misma tienen, en principio, el valor y la eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos de que procedan, gozan, en principio, de las garantías de imparcialidad y objetividad. Ciertamente no están exentos de la posibilidad de error, pero la parte, que está instruida convenientemente de su contenido, tiene la posibilidad de someter dicho informe a debate contradictorio, mediante la cita de los peritos al juicio oral o bien articulando contraprueba para cuestionar las conclusiones, que puedan derivarse de su contenido.

Cuando se procede de esta forma podemos decir, que se ha respetado el principio de igualdad de armas en el proceso. Así ha sucedido en el caso presente, en el que las pericias utilizadas por las partes acusadoras, han sido sometidas a contraste con las que presentaron las defensas, proporcionando al órgano juzgador la posibilidad de evaluarlas conforme a los criterios de la lógica y la razón, que debe imponerse a cualquier veleidad de arbitrariedad.

4.- Dadas las características del caso que nos ocupa, se presenta como perfectamente lógico, que el Juez de Instrucción solicitara del Banco de España la designación de técnicos especializados, para desentrañar las complejas operaciones que eran objeto de investigación.

Al tratarse de un organismo público, cuya finalidad esencial es la de velar por la seguridad, fiabilidad y transparencia del sistema financiero, se debe suponer que actuaron con absoluta imparcialidad y objetividad y que sus informes estaban presididos por criterios técnicos que indudablemente, podrán ser discutidos, pero que no por ello revelan que hubiera un interés, ni personal, ni institucional en tergiversar y falsear, los análisis realizados sobre la situación financiera de la entidad bancaria sometida a inspección y a investigación judicial.

Los funcionarios encargados de realizar los informes actuaban, al mismo tiempo, en el cumplimiento de un deber que les había sido específicamente encomendado y actuaron con objetividad y con sometimiento a la ley y al derecho. Los peritos no respondían a ningún mandato, ni estaban sometidos a directrices o instrucciones de los órganos rectores de la institución a la que pertenecían y no existe la más mínima constancia, de que acomodaran sus dictámenes a órdenes recibidas.

5.- En este caso concreto, la pericia recayó, además, sobre un amplio bagaje documental, que obraba en la entidad bancaria sometida a inspección e investigación, por lo que las conclusiones, acertadas o desacertadas, no eran el producto de una creación de bases fácticas artificiales o caprichosas, sino el resultado de aplicar sus conocimientos técnicos, sobre una voluminosa y compleja documentación, cuya autenticidad no puede ser discutida.

En todo caso, cualquiera que haya sido la iniciativa o el origen de la inspección, las conclusiones obtenidas se han incorporado, como ya se ha dicho, a un proceso penal y es en su seno donde se debe debatir el contenido y el objeto del informe. Se trata de datos o elementos probatorios, que deben ser valorados con arreglo a los criterios propios del proceso penal, independientemente de cual pueda ser su efectividad o virtualidad en otros ámbitos ajenos a la causa penal.

6.- Nos queda por examinar los efectos que, sobre la imparcialidad de dos de los peritos, haya podido tener el hecho de que asesoraran al Ministerio Fiscal en la redacción de la querrela.

No se debe olvidar que el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige que en la querrela se incluya una relación circunstanciada de los hechos, lo que supone, en un caso como el presente, un necesario conocimiento de los antecedentes y un imprescindible asesoramiento de técnicos especializados que permitan dar coherencia y la claridad precisa, a la puesta en conocimiento del Juez, de unos hechos que pretenden poner en marcha un proceso penal con las derivaciones, de toda índole, que la decisión judicial de admitir la querrela, ocasiona en los implicados o querrelados.

Es preciso señalar que, en este caso, el Ministerio Fiscal recibió una denuncia de la Federación Estatal de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras y que ello dio lugar a que se realizase una investigación previa, al amparo del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que los peritos actuaron como órganos de auxilio y asesoramiento sin ninguna otra implicación en las actuaciones.

Podrá sostenerse que fueron peritos de la acusación pública pero ello en nada afecta a su imparcialidad y objetividad, del mismo modo que, los peritos propuestos por los acusados, gozan también de competencia, imparcialidad y objetividad. No se puede sostener que unos son parciales, porque refuerzan la tesis acusatoria y otros imparciales y objetivos, porque sostienen tesis contradictorias y favorables a las defensas.

En definitiva se trata de la confrontación probatoria de pericias divergentes, cuya valoración corresponde al órgano juzgador.

7.- Por último y en relación con la postura de que el Banco de España, a través del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Cambiarios, ha sido parte en la presente causa, lo que invalida la prueba pericial, se deben hacer las siguientes precisiones.

El Fondo es una institución creada por Real Decreto Ley 4/1.980 de 28 de Marzo que le atribuye una personalidad jurídica pública, con plena capacidad para el

desarrollo de sus fines, en régimen de derecho privado y con sujeción a normas reguladoras de las Entidades Estatales autónomas y de las sociedades estatales.

Un Real Decreto posterior de 20 de Diciembre de 1.996 que desarrolla su régimen jurídico y que trae su causa de la Directiva 94/19/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 30 de Mayo, reafirma esta naturaleza y encomienda al Ministerio de Economía y Hacienda la facultad de dictar las normas precisas para el desarrollo de sus previsiones.

Cualquiera que sea la participación del Banco de España en la Comisión Gestora del Fondo, lo cierto es que, como se pone de relieve por su representación procesal, su personación en esta causa obedece a una decisión del Congreso de los Diputados, que insta al Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios, a proceder por la vía que estimen más conveniente.

En todo caso nos encontraríamos ante unos peritos pertenecientes a un organismo oficial, que no ha sido parte en la causa y que han actuado con arreglo a criterios técnicos y objetivos, que sin perjuicio de sus efectos en la fase de instrucción, se erigieron medios de prueba al ser objeto de debate contradictorio en el momento del juicio oral.

La tesis de la parte recurrente, nos llevaría a la imposibilidad de utilizar peritos pertenecientes a organismos oficiales en todos los casos en que se personare el Abogado del Estado para defender los intereses de las Administraciones Públicas. La posibilidad legal de la existencia de estos peritos, está expresamente contemplada en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando al referirse a los honorarios e indemnizaciones debidas a los mismos, exceptúa a los que tuvieren retribución fija satisfecha por el Estado, por la Provincia o por el Municipio, a los que habría que agregar, ahora, las Comunidades Autónomas.

En consecuencia, es evidente que los peritos no sólo no estaban incurso en ninguna causa de recusación sino que desempeñaron su misión con objetividad e imparcialidad.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

D) ¿ SE VULNERA EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN LA OPERACIÓN CEMENTERAS?.

CUARTA.- El mismo recurrente, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invoca la vulneración del precepto constitucional, por considerar que se ha lesionado el contenido esencial del artículo 24.2 de la Constitución, por infracción del principio acusatorio en la denominada Operación Cementeras. Este punto también es objeto de alegación por otros recurrentes.

1.- Sostiene que ha sido condenado por hechos por los que no había sido acusado, lo cual ha impedido que pudiera ejercitar debidamente el derecho de defensa, conforme a los principios de igualdad de armas y de contradicción de las partes. Se alega la indefensión por haberse incorporado a la acusación, dentro de la Operación Cementeras, los hechos relativos a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, circunstancia ésta conocida a través del trámite de conclusiones definitivas y que por esta razón no fue planteada, antes en el debate preliminar establecido en el art. 793.3 de la LECrim.

Considera que estos hechos, nunca integraron la acusación que, bajo la genérica denominación de la “Operación Cementeras”, se planteó contra el recurrente al inicio del juicio oral. Para ello se remite al auto de apertura del juicio oral, recordando que allí se hablaba de un perjuicio, por importe de 1.224.000.000 de pesetas, que habrían ocasionado los acusados a Banesto, en virtud de las operaciones realizadas sobre acciones de dos sociedades Hormigoneras distintas, es decir las representativas del capital de Hormifasa y Prebetong de Aragón.

La modificación mencionada, conllevaba una nueva acusación delictiva, de la que no había tenido noticia en ningún momento anterior, por lo que se le provocó una palmaria indefensión material.

Estima que esta actuación no tiene cabida en el margen reconocido por el art. 793.7 de la Lecrim, para las conclusiones definitivas y añade que la posibilidad de cambios o modificaciones, queda reducida a la tipificación penal de los hechos, a la apreciación de un mayor grado de participación o ejecución o a la concurrencia de circunstancias de agravación de la pena.

Destaca, que se pasa de una calificación delictiva simple como estafa, a la apreciación de una continuidad delictiva por apropiación indebida, precisamente por introducir, como hecho nuevo, la compraventa de acciones de dos hormigoneras, además de las ya señaladas.

Solicita por último, la declaración de nulidad de la condena por la operación Cementeras en la parte atribuida a las sociedades Ariforsa y Prebetong del Este.

2.- La Sala sentenciadora, al abordar las cuestiones previas planteadas por el recurrente en el Auto de 9 de Marzo de 1.998 declara que se ha producido una acusación sorpresiva, prohibida constitucionalmente, respecto de las operaciones; Locales comerciales, Veblinsa y Telson, sin embargo nada dice sobre la Operación Cementeras. Posteriormente, la sentencia recurrida, dedica un apartado a la cuestión previa planteada por la defensa del recurrente alegando haber sufrido indefensión, con ocasión de haberse incorporado a la acusación, dentro de la Operación Cementeras, los hechos relativos a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, circunstancia que, según expone, fue conocida por el acusado en el trámite de conclusiones definitivas y que, por esa razón, no fue planteada antes en el debate preliminar previsto en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es cierto que, como reconoce la sentencia recurrida, en el auto de apertura del juicio oral, sólo se hizo referencia a las Hormigoneras Hormifasa y Prebetong Aragón, pero añade que la prueba practicada, en el juicio oral, ha versado extensamente sobre las operaciones de venta de las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, a las que no se mencionaban en el auto, estimando que las defensas han tenido cumplida oportunidad de someter el hecho a contradicción.

3.- En relación con el contenido de la acusación, en el procedimiento ordinario, es una doctrina reiterada a lo largo de los tiempos, que el auto de procesamiento constituye una resolución motivada y provisional, por la que se declara a una persona concreta como formalmente imputada, al tiempo que se le comunica la existencia de una determinada imputación para que pueda defenderse de ella con plenitud de medios. En definitiva, se trata de una decisión interna y provisional que, de alguna manera, al establecer la legitimidad pasiva de la persona procesada o imputada, representa, al ser requisito indispensable y previo de la acusación, una medida protectora del mismo, evitando así que la voluntad de quien acusa, sea requisito suficiente para abrir el juicio.

Esta doctrina tradicional, estaba de acuerdo también, en que el auto de procesamiento no delimitaba el objeto del proceso, ya que éste quedaba fijado inicialmente, por los escritos de calificación provisional, que equivalen a lo que en el proceso civil representa la demanda.

3.- En el Procedimiento Abreviado, como es sabido, no existe auto de procesamiento, por lo que el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que soliciten, si lo estiman procedente, la apertura del juicio oral formulando el escrito de acusación, en el que se delimita inicialmente el objeto del debate en el juicio oral, si se cumplimentan todos los extremos previstos en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si el Juez de Instrucción estima pertinente la petición de apertura del juicio oral, lo acordará así, dictando en el correspondiente Auto, que tiene solamente la virtualidad de pronunciarse sobre la procedencia o no de abrir el trámite de plenario, sin que, como ya se ha dicho, delimite el objeto del debate, que es tarea que corresponde a las acusaciones en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales.

Contra el auto de apertura del juicio oral, no se concede recurso alguno, porque se considera como una mera decisión formal habilitante de celebración del plenario, en cuyas sesiones tendrá lugar el debate sobre el verdadero objeto del proceso, y que incluso puede ser modificado a tenor del resultado de las pruebas.

Como señala la sentencia de 22 de Diciembre de 1.993, lo relevante para el proceso penal, no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales, fijados normativamente y que integran el tipo penal a aplicar. El hecho que da vida al objeto del proceso, ha de tomarse en cuenta y ser precisado en el momento de la acusación, señalando aquellos extremos fácticos que integran el substrato de los elementos típicos que componen el precepto penal, cuya aplicación se solicite.

4.- Pero es que en el caso presente, no se ha producido acusación sorpresiva, ni se ha vulnerado el principio acusatorio, no sólo por las razones que se han expuesto anteriormente, sino porque, como pone de relieve una de las acusaciones particulares, (Fondo de Garantías de Depósitos), en su escrito de conclusiones provisionales de fecha 17 de Mayo de 1.996, en el apartado A) de la conclusión primera se incluyen referencias a la compra de participaciones de Prebetong Este y Ariforsa por el precio de 53.747.500 pesetas y a la simultánea opción de recompra de esas participaciones por Cementos del Mar (Grupo Serratos), por 386.000.000 pesetas, opción ejercitada en el mismo acto, así como la cesión hecha por Beta Cero (Banesto) a Gay Cordon S.A., de dichas participaciones por el precio inicial de compra, lo que permitió a Gay Cordon cumplimentar la citada opción de recompra, con una ganancia ilícita de 332.254.500 pesetas en perjuicio del Banco.

Estas operaciones estuvieron presentes, no sólo a lo largo de la investigación del Juez de Instrucción, sino que fueron objeto de debate probatorio en las sesiones del juicio oral. En todo momento, los acusados fueron informados y conocieron la totalidad de los hechos relativos a la denominada Operación Cementeras y tuvieron ocasión de defenderse, por lo que no fueron sorprendidos por la inclusión de nuevos hechos, ni se vulneró el principio acusatorio ni se les acusó indefensión.

Como señala la sentencia recurrida, la operación Cementeras, debe calificarse como un solo hecho, en sentido jurídico-penal, luego las circunstancias relativas a las dos hormigoneras mencionadas, forman parte de la total dinámica comisiva que se imputa a los acusados y no constituyen un hecho sorpresivo del que no hayan podido defenderse.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

E) SOBRE LAS ESPECIALES CARACTERISTICAS DE ESTA CAUSA Y SOBRE EL ALCANCE DEL ERROR DE HECHO SEGÚN LA DOCTRINA REITERADA DE ESTA SALA.

1.- Como puede observarse por la lectura del oficio que la Sala sentenciadora eleva a este Tribunal, remitiendo la causa que ha sido enjuiciada, el procedimiento se ha dirigido contra diez personas por delitos de apropiación indebida, estafa y falsedad y consta entre otros, de 53 tomos de diligencias previas, así como de 121 tomos de piezas separadas de documentos de las diligencias previas y además numerosos anexos y piezas de documentación, que lo convierten en una causa cuyo volumen no tiene apenas precedentes, en los diferentes Recursos de Casación que son resueltos por esta Sala.

2.- Nos encontramos ante un delito, cometido en el marco de una entidad financiera, que ocupaba un puesto de relevancia en el mundo de las entidades bancarias, habiéndose iniciado la investigación en virtud de un expediente incoado por el Banco de España, como máxima autoridad encargada de velar por el debido funcionamiento del sistema bancario, con objeto de evitar que se afecte a la seguridad del tráfico y a la economía nacional.

Tradicionalmente se ha dicho que el proceso penal es el reino del testimonio, mientras que en el proceso civil lo relevante y decisivo es la prueba documental. Sin embargo es preciso reconocer que, dadas las características de esta causa, se debe dar una singular relevancia y especial protagonismo al contenido de los numerosos documentos que

han sido incorporados a la misma, bien en su momento inicial, o bien en el curso de la investigación, lo que ha ocasionado, como consecuencia lógica, que gran parte de los motivos formulados por los recurrentes, hayan invocado el error de hecho basado en la alegación de documentos que estiman contradictorios y que obran en las actuaciones.

3.- La lectura de la sentencia, pone de relieve que el órgano juzgador ha dividido las distintas operaciones, que considera irregulares, en apartados diferenciados y que, en cada uno de ellos, realiza, de una forma metódica y rigurosa, un análisis de los elementos probatorios, que utiliza posteriormente para llegar a la calificación jurídica de los hechos mediante la incorporación de los mismos a los preceptos penales que considera aplicables.

En el curso de esta tarea se puede observar, que se ha realizado una valoración de los documentos confrontados y especialmente de las pruebas periciales realizadas sobre su contenido, combinando su análisis, como exige nuestro sistema procesal penal, con otras pruebas de carácter personal, como las que se derivan de las manifestaciones de los acusados y de los testigos, que han declarado no solamente en el curso de la investigación procesal, sino también en el momento del juicio oral.

4.- Conviene recordar que la doctrina reiterada de esta Sala en lo que se refiere al error de hecho basado en documentos, que el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera como motivo de casación exige, los siguientes requisitos A) Que se tenga en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, interrogatorio del acusado), es decir, que sea un documento propiamente dicho, el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa. B) Que el documento acredite la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida, aparezca como tal un elemento fáctico, en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar. Lo que a su vez supone: a) Que no sea necesario recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, sobre ellos fundadas, y b) que el documento sea literosuficiente por no precisar de la adición de otras pruebas para evidenciar el error. C) Que a su vez ese dato que el documento acredite,

no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 LECr. D) Por último, es necesario que el dato contradictorio, así acreditado, sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos, que carezcan de tal virtualidad el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo (SS de 24-1-1991, 22-9-1992, 13-5 y 21-11-1996, 11-11-1997 y 27-4-1998, entre otras).

5.- Asimismo la jurisprudencia más reciente, viene admitiendo la posibilidad de que la prueba pericial, pueda tener virtualidad como fundamento de la pretensión de modificación del relato fáctico de la sentencia que se impugna en casación. Ahora bien, se limita a los casos en que existe, un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no se dispone por la Sala sentenciadora de otras pruebas sobre los mismos componentes fácticos de la sentencia. También se abre esta posibilidad, cuando los dictámenes periciales existentes, se incorporan de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, estableciendo conclusiones divergentes sin expresar ni justificar las razones de la decisión.

En el caso presente, como puede comprobarse por la lectura de la sentencia y de los razonamientos a los que ya nos hemos referido, el juzgador ha tenido un exquisito cuidado en analizar todos los dictámenes periciales concurrentes y de complementarlos, en algunos casos, con otros elementos probatorios, llegando a conclusiones que consideramos racionales y lógicas y exentas de toda arbitrariedad por lo que se ha ejercitado la función jurisdiccional de enjuiciar, con arreglo a los parámetros constitucionales y a la jurisprudencia de esta Sala.

F) SOBRE LAS DIFICULTADES DE LLEVAR ADELANTE UN MACRO-PROCESO COMO EL QUE NOS OCUPA Y SOBRE LA CONVENIENCIA DE ROMPER LA CONEXIDAD, CUANDO SEA POSIBLE, SIN ALTERAR LAS REGLAS COMPETENCIALES.

1.- Como ya hemos indicado anteriormente, el proceso que estamos abordando en esta fase del Recurso de Casación, es de una especial complejidad, como sucede en la mayoría de los casos en que se cometen los hechos delictivos en el seno o aprovechándose de la cobertura formal que proporciona una sociedad anónima o cualquier otra entidad societaria. Cuando se produce esta circunstancia el Juez de Instrucción, se enfrenta a una verdadera maraña de actuaciones, que es preciso deslindar y separar, para comprobar la naturaleza, entidad y cantidad de hechos delictivos que se han podido cometer, teniendo en cuenta, además, que normalmente la imputación recaerá sobre un grupo de personas más o menos numeroso.

De la lectura de los antecedentes de hecho de esta sentencia, en la que se transcriben las conductas y actuaciones consideradas como delictivas, se pueden distinguir nueve apartados, cada uno de los cuales constituye una operación distinta y es objeto de un análisis pormenorizado. En unos supuestos, se considera que los hechos son constitutivos de delito y en otros se acuerda la absolución por estimar que no existe materia incriminable.

La acumulación, en un solo proceso, de todas las operaciones que han podido detectarse a lo largo de la investigación judicial y que han sido objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal y de otras acusaciones personadas, ha dado lugar a un “macroproceso” de dimensiones difícilmente abarcables y que han dejado en un segundo plano, conductas que si se hubiera profundizado en la instrucción, podrían haber sido objeto de acusaciones específicas e individualizadas.

2.- Estimamos conveniente llamar la atención sobre las insuficiencias, connaturales a cualquier investigación que pretenda abarcar, de una manera exhaustiva, la compleja maraña de la crisis de una entidad financiera, que tenga las dimensiones que presenta la causa, que se nos ha planteado por la vía del recurso de casación.

El artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya advertía, quizá con una pretensión excesivamente simplificadora, que “cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario” si bien señalaba, a continuación, que los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso. Esto quiere indicar que el legislador, ha querido concentrar en una sola causa, aquellas conductas que presenten una evidente e indiscutible conexidad a la luz de lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El criterio es el adecuado, cuando los hechos, presentan una incuestionable relación entre sí y su enjuiciamiento, por separado, pudiera dar lugar a sentencias contradictorias.

Como se ha señalado por diversos sectores doctrinales, en los casos de la delincuencia denominada económica, la instrucción conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado.

Desde una perspectiva más actualizada que los primitivos textos de la Ley Procesal Penal, la regla séptima del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que rige para el proceso abreviado, que es precisamente el que se ha aplicado en la presente causa, concede al juez instructor la posibilidad de formar piezas separadas, cuando resulte conveniente para simplificar y activar el procedimiento, aún en aquellos supuestos, en los que pudiera encontrarse una aparente o real conexidad entre los diversos hechos, si bien existen razones y elementos para juzgar separadamente a cada uno de los imputados.

3.- En casos como el presente, podría haberse tenido en cuenta lo establecido en la sentencia de esta Sala de 5 de Marzo de 1.993 que distingue entre una conexidad necesaria y una conexidad de conveniencia, que daría lugar a la formación de piezas separadas. Se decía en la mencionada resolución que “la conexión es, prima facie, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, pero no implica (a diferencia de cuando se trata de un hecho único) la necesidad de esa indivisibilidad. La indivisibilidad obliga a reunir en el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho, de forma que responda aquélla a la existencia de una única pretensión punitiva cuya

resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos (al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada) que por tener entre sí un nexo común, es aconsejable que se persigan en un proceso único, por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Ese nexo puede resultar de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad (simultaneidad en la comisión) o de un enlace objetivo de los hechos. Pero la fuerza unificadora del nexo, no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes, puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios partícipes, obrando de acuerdo, a unos mismos hechos simultáneos. Esta distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal, aparece reconocida en la actual regla 7 del artículo 784 LECrim, que permite que para juzgar delitos conexos “cuando existan elementos para hacerlo con independencia podrá acordar el Juez, la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento”. Con lo que viene a reconocer que hay casos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos, no es una regla imperativa y de orden público y hasta debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso.

4.- En los casos de delincuencia económica compleja, cometida a través de elaboradas y artificiosas maniobras contables, realizadas por sociedades que, cumpliendo las formalidades legales, se utilizan como instrumentos de encubrimiento o difuminación de actividades delictivas, la concentración de la investigación en un solo proceso, dificulta, en ocasiones, la tarea de apurar todas las posibilidades probatorias y deja fuera, como ya hemos indicado, a personas que pudieran haber sido inculcadas en alguna de las actividades que han sido calificadas como delictivas. Por ello y sin perjuicio de la necesidad y conveniencia de mantener los actuales esquemas competenciales, en aquellos asuntos que afectan de manera grave a la economía nacional, se debe valorar, en cada caso concreto, la posibilidad del tratamiento autónomo y separado de aquellas operaciones que, por su configuración, permiten un enjuiciamiento por separado.

II. RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL.

PRIMERO.- El motivo primero se formaliza al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en autos y que acreditan el error del juzgador.

1.- El Ministerio Fiscal sostiene que existen documentos que, en relación con la retirada de caja de trescientos millones de pesetas, acreditan la fecha de su emisión, sucursal a la que pertenecen, importes respectivos de las cantidades obtenidas y concepto por los que se emiten. Pretende acreditar, con estos documentos, que hubo dos salidas de fondos, cada una de ellas de 150.000.000 de pesetas, sustentados por sus correspondientes recibos. Asimismo en el acta se declara probado que la contabilización de los trescientos millones de pesetas, en la cuenta transitoria de la Sucursal de Banesto de Pamplona, se hizo en momentos diferentes, la primera el día 2 de Febrero de 1.989, con un importe de 150 millones de pesetas y la segunda el día 6 de Abril de 1.989 con otro apunte de adeudo de 150 millones de pesetas, con dos recibos independientes. Quiere también precisar que su tesis, está reforzada por el hecho de que la amortización parcial de la cantidad de 4.709.940 pesetas, por el ingreso de dicha suma, que era de libre disposición del Presidente de Banesto, se anotó contablemente para la cancelación parcial de un anticipo de ciento cincuenta millones de pesetas, ya que el documento que acredita el ingreso no dice que se refiera a un anticipo de 300 millones de pesetas. En apoyo de su postura, cita varios documentos que acreditan los pagos fraccionados y la cancelación parcial del anticipo con cargo a una de las partidas de 150 millones de pesetas.

2.- No se discute el carácter netamente documental, a efectos casacionales, que tienen los instrumentos probatorios indicados por el Ministerio Fiscal, pero su invocación no es suficiente, por sí misma, para determinar la aparición de un error en la redacción de los hechos probados que realiza la sentencia recurrida, que afecte sustancialmente a la posible calificación jurídica de los mismos.

El contenido del documento tiene que estar en completa contradicción con el relato fáctico, de tal manera que las afirmaciones que se desprenden de uno y de otro sean absolutamente incompatibles. Uno de los dos debe ceder y el sistema se inclina, en principio, por la primacía del hecho probado, salvo que la prueba documental evidencie, sin posibilidad de contradicción, que el juzgador se ha equivocado al realizar determinadas afirmaciones fácticas. Por ello el documento pierde su eficacia contradictoria, cuando existen otras pruebas o elementos probatorios que rectifican o ponen en cuestión la realidad reflejada en el mismo.

En otros casos, el documento que se invoca como sostén del error atribuido al juzgador, no entra en contradicción neta con la redacción del hecho probado, de tal manera que no es necesario hacer modificaciones en la misma porque, de alguna manera, la sentencia no se aparta de forma sensible de la realidad que se desprende de su contenido.

3.- Esto es lo que sucede en este supuesto concreto, ya que la redacción de la narración histórica de lo acontecido ya recoge, de forma suficiente, lo que el Ministerio Fiscal pretende que se integre en el hecho probado. Sin modificar el contenido del relato fáctico, se constata que hubo dos salidas de fondos, que están salvaguardadas por los correspondientes recibos. A los efectos de la posterior calificación jurídica de los hechos, resulta indiferente que la cancelación parcial de la suma que fue retirada de caja, se haga a una de las salidas parciales de 150 millones de pesetas o a la totalidad de la suma extraída que fue de 300 millones de pesetas, porque en definitiva, el perjuicio que pudiera derivarse para la entidad bancaria hay que computarlo sobre la totalidad de la cantidad extraída. En consecuencia, se estima que los datos que se desprenden de los documentos citados, no entran en colisión con los términos en que se expresa la convicción del juzgador, sobre la forma en que se ejecutó la denominada retirada de caja de 300 millones de pesetas, por lo que no existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- El motivo segundo se formaliza, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 74 del vigente Código Penal.

1.- El Ministerio Fiscal discrepa de la calificación efectuada por el juzgador, que excluye la continuidad delictiva en el hecho relativo a la disposición de trescientos millones de pesetas. Combate las afirmaciones deslizadas en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, cuando sienta que Mario Conde no tomó dos decisiones de acción, sino una sola y que la pluralidad de actos en que se concretó la disposición patrimonial, no es sino la ejecución fraccionada de una sola voluntad.

Mantiene que nos encontramos ante dos conductas, que se corresponden con dos acciones típicas, antijurídicas y culpables, llevadas a cabo por el mismo sujeto, siguiendo los designios de un plan previo y preconcebido que recae sobre preceptos de idéntica naturaleza y que ocasionan un perjuicio patrimonial a un único sujeto. Señala que la distancia temporal entre los dos hechos superó los dos meses, lo que constituye un factor cronológico que, en modo alguno, se ajusta a la denominada unidad natural de la acción. Precisa que el desconocimiento del destino final de los fondos ilícitamente distraídos, refuerza la tesis de la continuidad delictiva.

Termina sosteniendo que, la concurrencia de todos los requisitos del delito continuado, habrá que penarla según el actual artículo 74 del Código Penal.

2.- La Sala sentenciadora estima que Mario Conde no toma dos decisiones de acción, por lo que solo existe un hecho, sin que tenga relevancia jurídica la circunstancia de que se materialice la decisión en dos acciones separadas, desde el punto de vista naturalístico.

Considera, no obstante, que ha existido un perjuicio patrimonial, ya que ha salido del patrimonio del Banco una cantidad de trescientos millones de pesetas y no se ha acreditado que de ello haya resultado un beneficio para la entidad. Tampoco estima acreditado que la disposición de dichos fondos, produjera resultados satisfactorios para la

entidad bancaria Banesto, derivados de la ruptura del proyecto de fusión con el Banco Central en la que estaba inmersa. La sentencia declara que los hechos que han quedado probados son subsumibles en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1.973.

La sentencia maneja como alternativas, la inclusión de los hechos en el actual artículo 252 del Código Penal (apropiación indebida) y asimismo en el artículo 295 (administración desleal). Después de valorar las diversas posibilidades y teniendo en cuenta que las acusaciones, han apreciado las circunstancias de agravación contenida en el nº 7º del artículo 529 del Código de 1.973 y en los números 6º y 7º del artículo 250 del Código vigente, se inclina por considerar más favorable el Código de 1.973, calificando los hechos conforme al artículo 535 en relación con el 528 y 529.7ª del mismo texto legal. La afirmación que se hace en la sentencia en el sentido de que no ha quedado acreditado que la disposición por Mario Conde de 300 millones de pesetas, se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de Don Adolfo Suárez ante el Gobernador del Banco de España, para que éste autorizara la desfusión y diera el visto bueno a las cuentas correspondientes del ejercicio de 1.988, elimina cualquier posibilidad de valorar una hipotética existencia de un delito de administración desleal.

El Ministerio Fiscal no discute, en este punto, la calificación jurídica de los hechos, sino la consideración de los mismos como un solo delito y no como un delito continuado, que es la tesis que mantiene en el presente motivo.

3.- Como es sabido uno de los elementos generales del tipo es la acción, que se proyecta en una conducta externa que produce normalmente un resultado típico. La determinación del momento consumativo tiene relevancia, en relación con determinadas circunstancias concurrentes, como los grados de participación y la prescripción del delito.

Parte de la doctrina acude a lo que se denomina la concepción natural de la vida, para decidir si ha habido una unidad natural de la acción, que integra un solo hecho

delictivo, mientras que otros sectores sostienen que la valoración unitaria de la acción tiene que hacerse desde una perspectiva jurídica y no social.

La jurisprudencia de esta Sala, ha considerado que existe una unidad natural de la acción, que solo merece un reproche penal, en los casos de agresiones sexuales en los que existiendo más de una penetración vaginal, oral o anal, estas se producen, en un corto lapso de tiempo, durante todo el cual, la víctima ha estado sometida a la acción directa del sujeto activo. Esta misma unidad natural de la acción o concepción naturalística, se ha tomado en cuenta en los casos en que existe lo que se denomina progresión delictiva. En estos supuestos existe una realización de varios hechos delictivos pero en un corto espacio temporal, por lo que se aprecia la existencia de un sólo delito .

La sentencia de esta Sala de 19 de Abril de 2001, recuerda esta doctrina jurisprudencial, al decirnos que, el concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación), de manera que para un observador imparcial, el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (Cita además las sentencias de 15-2-97; 7-5, 19.6 y 14.7.1999 y 2 y 18 Julio de 2000).

4.- Ahora bien, una situación distinta, es la que se produce cuando nos encontramos ante una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En estos supuestos no hay unidad natural de la acción, sino diversas actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, que ha sido consagrada legalmente en el artículo 69 bis del Código de 1.973 y reiterada en el artículo 74 del Código vigente.

Un ejemplo típico de delito continuado que se utiliza en los manuales, es el del cajero de un Banco que se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades, siguiendo un designio unitario o bien aprovechando circunstancias parecidas.

Primero la jurisprudencia y ahora el propio Código Penal, permiten la construcción del delito continuado, sobre la base de la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Un sólo sujeto activo de todas las acciones; b) Un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido; c) Homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido; d) Semejanza del precepto penal violado; e) Conexión espacio-temporal.

Es evidente que en el caso que es objeto de nuestra atención, se dan todos los elementos para calificar los hechos como un delito continuado. Las acciones imputadas al mismo sujeto, obedecen a un sólo designio, al decidir “unilateralmente disponer de la suma de trescientos millones de pesetas para fines ajenos al giro de la empresa”.

La ejecución del plan preconcebido, que aisladamente considerado integraría dos delitos de apropiación indebida, se ha realizado de forma lo suficientemente separada en el tiempo –más de dos meses-, como para que sea imposible considerarlas integradas en una sola acción delictiva. Por el contrario, el diverso modo de proceder y la forma de disposición del dinero, en dos fracciones de ciento cincuenta millones de pesetas, podría llevarnos a un concurso real, si no hubiera existido el plan preconcebido o un sólo designio, del que nos habla el hecho probado, de cuyo contenido no podemos apartarnos.

Ese dolo inicial, plasmado en dos complicadas operaciones distanciadas en el tiempo, es lo que inevitablemente nos lleva a estimar la concurrencia de un delito continuado.

5.- La alegación efectuada por la representación del acusado, sobre la unidad de acción, manteniendo que la ejecución fraccionada de su decisión fue tomada unilateralmente

por el Director General de la Banca Comercial, no encuentra su apoyo en el hecho probado ya que se afirma tajantemente que, “la disposición efectiva de la suma de 300 millones de pesetas, una vez preparada la cantidad para ello, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones de pesetas cada una”.

En todo momento el acusado, en su condición de Presidente de la entidad financiera, conoció y ordenó el diseño de la operación. Asimismo decidió la confidencialidad de la entrega del dinero, resultando indiferente que las precauciones materiales para enmascarar las dos cantidades, las tomaran sus subordinados. Resulta evidente que era más fácil realizar lo acordado, si se actuaba en dos momentos distintos y a través de sucursales diferentes. El dominio pleno y total del acto correspondió al acusado Mario Conde y a él se debe imputar, la forma de realizar el hecho delictivo, sin que pueda sostenerse que los colaboradores, hubieran actuado por su cuenta y absolutamente desligados de su principal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

TERCERO. *El motivo tercero se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 113 del Código Penal de 1.973.*

1.- El Ministerio Fiscal parte de lo que considera un error de derecho, al no aplicar la figura del delito continuado, por lo que estima que existe un nuevo error sustantivo, al decidir, indebidamente, la prescripción del delito. Sostiene que, tanto en el caso de que se aplique el derogado como el nuevo texto penal, entre el hecho delictivo y la interposición de la querrela, no ha transcurrido el plazo previsto para la extinción de la responsabilidad criminal.

Señala que la pena que se podía imponer conforme al artículo 69 bis del anterior Código, podría llegar hasta la prisión mayor por lo que, conforme al artículo 113.2 de dicho texto, el plazo de prescripción sería de diez años. Cita en su amparo el acuerdo de la Sala General de esta Sala de 29 de Abril de 1.997. En principio sostiene que se llega a idéntica

solución, aplicando el actual artículo 74, ya que por aplicación de los artículos 248, 249 y 250.6 del nuevo Código Penal nos llevaría a una pena de prisión de uno a seis años de prisión y multa. La aplicación del artículo 74.2 del Código Penal permitiría superar el límite máximo de seis años de prisión, relacionando ésta pena con los artículos 131.1 y 33 del Código Penal, nos llevaría nuevamente a un plazo de diez años.

2.- Establecida en el motivo anterior, la existencia de un delito continuado, procede ahora examinar si, esta nueva valoración, tiene influencia sobre la prescripción del delito acordada por la Sala sentenciadora.

Este punto fue planteado como cuestión previa y rechazado por resolución de 9 de Marzo de 1.998, para su decisión en la sentencia definitiva. La resolución recurrida después de hacer unas profundas consideraciones dogmáticas, termina, afirmando que si se es coherente con la idea de que, el delito continuado es un caso de unidad jurídica de la acción, que no siempre debe favorecer al reo, debe reconocerse que las acciones que se integran en la relación de continuidad pierden, por este hecho, su sustantividad propia. Considera la sentencia que el delito ha prescrito, porque desde la fecha de su comisión (Abril de 1.989), hasta la interposición de la querrela en Noviembre de 1.994, ha transcurrido el plazo establecido en la ley vigente, al momento de la comisión de los hechos delictivos. Conforme al artículo 113 del Código derogado, prescriben a los cinco años los delitos cuya pena no exceda de seis años. Estima que no concurre la circunstancia agravatoria del artículo 529.8ª del anterior Código ya que, en su opinión, no ha quedado demostrada la relación directa entre la apropiación de trescientos millones, que pertenecen al patrimonio de un Banco y la producción de un perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas.

No obstante señala que, la solución hubiera sido otra, de aplicarse el Código vigente, porque el plazo para la prescripción que establece el artículo 131 del Código Penal, para delitos castigados con pena que excede de cinco años de prisión, como aquí acontece (prisión de uno a seis años de multa) no había transcurrido, pero no se puede aplicar retroactivamente, en perjuicio del reo, una legislación más desfavorable.

3.- Ateniéndonos a lo anteriormente expuesto, debemos examinar, si al amparo de la legislación derogada y teniendo en cuenta las previsiones y posibilidades punitivas que ofrecía el artículo 69 bis del Código Penal de 1.973, que regula el delito continuado, se ha producido el transcurso de los plazos de prescripción que establecía el anterior art. 113 del Código Penal.

Con carácter general se ha dicho por esta Sala y así ha quedado plasmado en un Acuerdo General de 29 de Abril de 1.997 que, para computar los plazos de prescripción de los delitos, se deben tomar en consideración las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas que se nos presentan en cada caso concreto.

El artículo 69 bis del Código Penal de 1.973, establecía que los responsables de un delito o falta continuado, serían castigados con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. El mismo precepto, contempla una serie de previsiones específicas, para los delitos contra el patrimonio, estableciendo la imposición de la pena, tomando en cuenta el perjuicio total causado.

La sentencia califica los hechos, como ya se ha dicho, integrándolos en un delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1.973 en relación con la circunstancia 7ª del artículo 529, que estima como muy cualificada a los efectos de penalidad lo que nos sitúa, según el artículo 528, en una pena de prisión menor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis del Código derogado, permitía llegar hasta el grado medio de la pena de prisión mayor, es decir, hasta los diez años de prisión mayor.

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 párrafo tercero del Código de 1.973, el plazo de prescripción es de diez años, que no habían transcurrido desde la comisión de los hechos, hasta la interposición de la querrela por el Ministerio Fiscal.

4.- El antiguo artículo 113 del Código Penal, para computar los plazos de la prescripción parte de la pena que la ley señalare, lo que ratifica la postura de considerar la pena en abstracto. En relación con el delito continuado, existen numerosas sentencias de esta Sala, en las que se establece que la pena a considerar, sería la que resultara de la posibilidad de aumentarla hasta el grado medio de la pena superior (STS de 13 de Marzo de 1.996).

Como se ha señalado por la doctrina de esta Sala, entre otras muchas la sentencia de 31 de Marzo de 1.997, a los efectos de la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo o prescripción, la pena base a tener en cuenta, no es, ni la que corresponde imponer en cada caso concreto, ni la que ha sido objeto de acusación, sino la que establezca la propia ley como máxima posibilidad, pues ello, amén de que literalmente así lo dice el precepto (señalado por la ley) es de lógica interpretación, ya que lo contrario iría en contra de un principio tan importante como es el de la “seguridad jurídica”. Este mismo criterio se ha seguido en otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de Octubre de 2001, que reproduce la anterior doctrina.

En consecuencia y descartada la posibilidad de aplicar el artículo 74 del Código Vigente, (que tampoco autorizaría la prescripción), la estimación del delito de apropiación indebida como continuado por la vía del artículo 69 bis del Código de 1.973, impide la entrada en juego de los plazos extintivos de la responsabilidad criminal.

Eliminada la prescripción reaparece la figura del delito de apropiación indebida del artículo 535, en relación con los artículos 528 y 529.7º del Código Penal de 1.973, solución por la que se decanta la sentencia recurrida, después de ponderar la aplicación alternativa del Código vigente en su modalidad de apropiación indebida, e incluso, de administración desleal. Asumiendo dicha calificación y teniendo en cuenta la existencia de un delito continuado, determinaremos, en la segunda sentencia, la pena que corresponda, debidamente individualizada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

CUARTO.- El motivo cuarto se interpone al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 113 del Código Penal de 1.973. El motivo afecta solamente a Jacobo Hachuel Moreno en relación con el delito referido a Carbueros Metálicos.

1.- El Ministerio Fiscal pone de relieve que, la sentencia recurrida, después de calificar los hechos y la conducta del acusado como constitutiva de un delito de apropiación indebida de los artículos 535 en relación con los artículos 528 y 529.7 del Código penal de 1.973, parte de la fecha de comisión del hecho (6 de Abril de 1.990) y en base a que la primera declaración de Jacobo Hachuel como imputado, tuvo lugar el 10 de Noviembre de 1.995 declara la extinción de la responsabilidad criminal, por prescripción, al haber transcurrido más de cinco años.

Como datos para sostener su postura destaca y señala que, la querrela del Fiscal de 14 de Noviembre de 1.994, hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, aunque sin conocer su identidad. Destaca que uno de los querrellados, Arturo Romaní, al declarar como imputado el 14 de Diciembre de 1.994, menciona de manera expresa, la intervención directa de Jacobo Hachuel. Asimismo existen las manifestaciones de Mario Conde (19 de Diciembre de 1.994) y Rafael Pérez Escolar (4 de Enero de 1.995). En ésta última se afirma que, a juicio del declarante, el pago debió corresponder al ajuste que pudieran haber efectuado Air Products con el Grupo Hachuel. A la vista de estas manifestaciones se cita como testigo, a Jacobo Hachuel (31 de Enero de 1.995).

Ante las diversas posiciones jurisprudenciales, el Ministerio Fiscal mantiene que para computar los plazos de la prescripción, no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión, cuando éste se dirige contra personas inconcretas o diferentes, de las que después se pueden ver afectadas por la extinción de la responsabilidad, pero tampoco es exigible que se formalice judicialmente la imputación.

También resalta que en el curso de la investigación judicial, el Fondo de Garantías de Depósitos, interpuso recurso de queja contra la denegación, por parte del instructor, de que Jacobo Hachuel declarase como imputado y que la Sala de la Audiencia Nacional lo estima.

2.- El Ministerio Fiscal pone de relieve que las posturas jurisprudenciales, sobre la determinación del momento en que se entiende que un procedimiento penal va dirigido contra una determinada persona, han sufrido oscilaciones en las últimas décadas. Cita como representativas de las tesis contrapuestas, la Sentencia de esta Sala de 29 de Septiembre de 1.999, en la que se concede efecto interruptivo de la prescripción a la simple referencia a los posibles autores, aún innominada, en la denuncia o la querrela y el Auto de 19 de Julio de 1.997 en el que se exigía una declaración formal de procesamiento, para entender que el procedimiento se dirigía contra una persona.

El Fiscal mantiene una posición intermedia y considera, que no es suficiente para interrumpir la prescripción, la apertura de un procedimiento contra personas inconcretas o personas diferentes de a quienes afecte la prescripción, pero tampoco es exigible una imputación formal de carácter judicial. Estima que, en este caso, desde el inicio de la investigación judicial, aparecían indicios suficientes, para que se le hubiese tomado declaración como imputado.

3.- No es posible, ni acertado, desde una correcta y actualizada política criminal, aplicar los criterios de la prescripción de los delitos individuales (robo, violaciones, hurtos), a los delitos cometidos dentro del complejo entramado de una empresa, valiéndose de las estructuras y de la cobertura que proporciona el funcionamiento interno y el organigrama de una sociedad. El empresario o dirigente, pondrá en marcha todos los recursos humanos, materiales y jurídicos para tratar de situarse en un segundo plano y cubrirse de las primeras investigaciones. Por ello estimamos que, cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica, la orientación de la acción hacia la misma, afecta de igual manera a todos los que están en relación directa con la empresa criminal, teniendo en cuenta que la

verdadera responsabilidad, no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión.

Como ha puesto de relieve la doctrina, las modalidades delictivas modernas se desenvuelven principalmente en contextos colectivos, en sistemas sociales. La sociología y la psicología enseñan que las personas que forman un colectivo, tienen comportamientos distintos a los que tendrían, de actuar en solitario. Los sujetos de la organización son intercambiables y no aparecen o se muestran a primera vista, por lo que estimamos que es suficiente, como hizo el Ministerio Fiscal en su querrela, con hacer referencia innominada a un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, para que se entienda que el procedimiento y la investigación, se dirige contra la persona que aparece enmascarada detrás de toda la trama delictiva.

Resulta además de un valor relevante, que la propia querrela del Ministerio Fiscal en el apartado 8 (pagina 38), se refiere a operaciones anómalas que se pueden haber producido en el grupo Hachuel, lo que evidencia la intervención de la persona a la que se refiere el presente motivo. En este mismo apartado y más adelante se hace referencia a las relaciones del grupo Hachuel con la entidad Banesto y la obtención, por parte de aquél, de importantes financiaciones para la adquisición de sociedades.

4.- La Sentencia de esta Sala de 29 de Julio de 1.998, analiza detenidamente el significado de la expresión; "cuando el delito se dirige contra el culpable". Entiende que la expresión "culpable" se refiere, por extensión, al sujeto pasivo del proceso, imputado, inculpado, procesado, acusado, etc., según la fase del procedimiento en que nos encontremos.

La jurisprudencia, tradicionalmente hasta los años 1.991 y 1.992, ha venido entendiendo que el procedimiento se dirige contra el culpable, desde el momento en que se inicia, para averiguar tanto el delito como la identidad de los delincuentes y esta línea jurisprudencial se ha venido manteniendo en Sentencias de 6 de Julio de 1.994, 1 de Marzo de 1.995 y 13 de Junio de 1.997. Dice esta última citando literalmente otras muchas, que "la

prescripción no necesita para interrumpirse, actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho o de sus posibles autores”.

Reconocemos la existencia de otra jurisprudencia, que exige que el culpable aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Ahora bien, insistimos en que debe mantenerse una postura específica, cuando nos encontramos ante delitos atribuidos a una colectividad de personas o cuando se observa la existencia de una organización o entramado, con diversidad de papeles en la actuación delictiva, evitando con ello que los escalones superiores o las personas difuminadas en el seno de una organización empresarial, que es necesario desentrañar a través de una compleja y dificultosa investigación, puedan ampararse en estas circunstancias para gozar de los mismos plazos de prescripción que los delincuentes individuales.

Si se admitiese la igualdad de todos los supuestos, estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas.

5.- En el caso presente se da la circunstancia de que la acción ejercitada por el Ministerio Fiscal, antes de cumplirse el plazo general marcado por la ley, como ya se ha dicho, se hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado. El hecho se fija en el 6 de Abril de 1.990 y la querrela del Fiscal se interpone en Noviembre de 1.994. Pero sucede además que otro de los querrelados, en su declaración de 14 de Diciembre de 1.994 hace referencia a la intervención de Jacobo Hachuel, al que la Sala ha absuelto por prescripción del delito.

Como puede verse y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto no habían transcurrido los plazos de prescripción exigidos por la ley.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

QUINTO.- El motivo quinto se ampara en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador.

El motivo se refiere exclusivamente al apartado de los hechos probados que figura bajo la rúbrica de “artificios contables” y afecta a los acusados Mario Conde Conde, Arturo Romani Biescas, Enrique Lasarte y Pérez Arregui, Juan Belloso Garrido y Ramiro Núñez-Villaveiran Ovilo.

1.- Los documentos en los que el Ministerio Fiscal basa el error fáctico, se refieren a los folios 665 a 669 del Expediente Administrativo del Banco de España, los folios 9896 y 9897 del mismo expediente y los folios 9899 a 9908, relacionados con una nota dirigida al Consejero Delegado del Banco Español de Crédito, Enrique Lasarte.

Señala que los particulares, se centran en las fechas, órganos y personas que los remiten y sus destinatarios, y hacen referencia a déficits adicionales relativos a la inspección correspondiente al año 1.992, descubiertos por el Banco de España en el primer semestre del año 1.993, así como el párrafo inicial del documento que pone de relieve el funcionamiento inadecuado de los órganos de control y gestión de Banesto. Los otros documentos recogen una lista de riesgos a 30 de Junio de 1.992, que deberían estar provisionados por importe de 2.300 millones de pesetas en Banca Corporativa y de 35 millones de dólares en Banco Internacional. Cita además los documentos 1, 2 y 3 de su escrito, (se supone que la querrela) y por último, invoca un documento, en el que se pone de manifiesto que las provisiones de fondos exigidas, continuaban sin efectuarse.

2.- Con la aportación documental que ha quedado transcrita, se pretenden combatir determinadas afirmaciones del hecho probado.

Considera que es errónea la declaración en la que se dice que: No queda acreditado que, persona alguna de las encargadas de la contabilidad del Banco recibiera instrucción alguna de los acusados sobre la anotación de operaciones particulares o las provisiones a realizar por razón de créditos de dudoso cobro.

A juicio del órgano juzgador tampoco quedó probado, que los acusados ocultaran conscientemente a la Inspección del Banco de España y a los servicios de auditoría externa, circunstancias que hubieran puesto de manifiesto necesidades de saneamiento de mayor envergadura, como las que estableció el Banco de España y la nueva administración de Banesto, tras la sustitución, el 28 de Diciembre, del Consejo de Administración, acordada por el Consejo Ejecutivo del Banco de España (F.133).

3.- La pretensión del Ministerio Fiscal es que se hagan constar las irregularidades apreciadas en el primer trimestre de 1.993 y que afectaban al cierre del ejercicio del 92 en las cantidades de 71.508 millones y 44.413 millones, montante que no se refiere al déficit del Banco a 30 de Junio de 1.994, como erróneamente expone la sentencia, sino déficit adicionales que no pudieron ser incluidos en el plan de saneamiento aprobado por el Banco de España en el año 92, al haber sido ocultados por los Administradores de Banesto.

Asimismo estima que los documentos citados, demuestran que las provisiones y su reflejo en las cuentas, eran unas necesidades conocidas y asumidas por los administradores de la entidad bancaria, voluntariamente omitidos en la formulación de las cuentas.

4.- Dado el volumen documental aportado y teniendo en cuenta el alcance y contenido de los motivos casacionales formalizados por error de hecho, tenemos que delimitar el examen de la cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal.

Los documentos invocados han de guardar una directa relación con el pasaje o pasajes del hecho probado que se considera erróneo, de tal manera que, aceptando su

contenido, las afirmaciones realizadas serían sustancialmente distintos y repercutirían de modo directo sobre la calificación jurídica de los hechos y como es lógico, en el fallo de la sentencia.

La sentencia recurrida no niega, en sus aspectos objetivos, los datos que el Ministerio Fiscal pretende incluir en el relato fáctico, pues razona suficientemente en los folios 270 y siguientes, que las cuentas no expresaban la verdadera situación económica de la empresa y que se habían vulnerado determinados principios contables, en particular el de la prudencia contable, especialmente por el diferente sistema de anotación de las provisiones de crédito de dudoso cobro.

Es importante resaltar que se dice que, estas y otras anomalías, fueron detectadas por los servicios de Inspección del Banco de España y se discutieron con los administradores del Banco.

Después de hacer una minuciosa descripción de los mecanismos de control que tenía el Banco, concluye que, habida cuenta de su existencia, la afirmación de la intervención culpable de los acusados, requiere probar que alguno de estos servicios recibió instrucciones específicas de alguno de los acusados, sobre la forma de contabilizar las distintas operaciones o que las personas responsables de esos servicios de control, actuaron en connivencia con aquellos, extremo este último que afirma tajantemente, que no se ha demostrado.

5.- Es una doctrina constante de esta Sala, que la virtualidad probatoria de los documentos no sólo tiene que ser intrínseca, es decir derivada de su propio contenido, sino que su versión de la realidad, no se encuentre contradicha por otros elementos probatorios.

En resumen, la sentencia sienta que, aunque se ha puesto de manifiesto que las cuentas de la sociedad relativas a los ejercicios de 1.992 y 1.993 no reflejaban la imagen fiel de la empresa, no se ha acreditado, por prueba suficiente, que los acusados dieran instrucción alguna a los servicios de control de la contabilidad del banco en orden a la

contabilización de operación concreta ni tampoco sobre la llevanza general de la contabilidad.

6.- En consecuencia no podemos admitir la postura del Ministerio Fiscal respecto de la inclusión de determinados hechos que se desprenden de los documentos que invoca, porque tales datos están ya reflejados, en lo sustancial, en el hecho probado y porque lo que se pretende es modificar, un juicio de valor, por medio de documentos que aparecen matizados por otros elementos probatorios. Ya veremos en el motivo siguiente el alcance del juicio de valor sentado por la sentencia y, más adelante, la posible calificación jurídica de los datos y afirmaciones fácticas que se incluyen en el apartado correspondiente a los artificios contables.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXO.- El motivo sexto se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar, en relación con el anterior motivo, que se ha inaplicado el artículo 290 del vigente Código Penal.

1.- El motivo se refiere a la contabilización de operaciones particulares o las provisiones a realizar, por razón de créditos de dudoso cobro, así como de las ocultaciones a la Inspección del Banco de España y a los servicios de auditoría externa, de circunstancias que hubieran puesto de manifiesto las necesidades de saneamiento de mayor envergadura.

Señala que el relato fáctico, describe irregularidades en la operación del Grupo Aéreo Zafiro y en la adquisición, de cerca de un millón y medio de acciones de Banesto. Después de varias peripecias, la diferencia entre el precio pagado y el precio de la opción de venta no fue objeto de provisión en las cuentas de 1.992.

También incluye en el contenido del motivo, la operación de compra de acciones de Asturiana de Zinc y la opción ofrecida por Corporación Banesto al Bank of América, sobre las acciones que fueran propiedad de este último, señalando que en las cuentas de la Corporación Banesto en el año 1.992, no se hizo provisión de cantidad alguna

por esta operación que fue consultada, en los aspectos contables, a los auditores del Banco. Por último y en relación con una operación relacionada con la compañía eléctrica Fecsa, señala que las operaciones de amortización de deudas, no se contabilizaron como pérdidas, ni se hicieron las correspondientes provisiones por los servicios de contabilidad del Banco.

2.- La remisión del motivo a las amplias referencias fácticas, que la sentencia hace a la operación que denomina “artificios contables”, es mucho más extensa pero estimamos que no es necesario reproducirla en su integridad.

El Ministerio Fiscal considera que, el juicio de inferencia o de valor, que contiene el relato histórico y que reitera la fundamentación jurídica, no se ajusta a la realidad fáctica y mantiene que los acusados actuaron consciente y dolosamente, dando instrucciones y ocultando intencionadamente a la Inspección del Banco de España, las circunstancias que hubieran revelado, la necesidad de un plan de saneamiento de mayor envergadura, utilizando para ello mecanismos falsarios, lo que supone el planteamiento de cuestiones que escapan a la presunción de inocencia y que son revisables en casación por la vía del error de derecho.

Advierte que era imposible que los acusados desconocieran las alteraciones contables y que el dolo, como elemento subjetivo, es una cuestión escondida en lo más íntimo, por lo que salvo que lo exprese el acusado, habría que deducirlo a través de vías indirectas, como son las circunstancias que rodean el hecho.

En su opinión, la base para calificar el razonamiento, sobre la inexistencia del dolo, como ilógica y arbitraria, radica en los puntos siguientes: 1º. Que la formulación de las cuentas es responsabilidad de los administradores, según la ley de Sociedades anónimas, siendo ésta indelegable, como expresa la sentencia al folio 271. 2º. Que todas las alteraciones contables se referían a operaciones de excepcional importancia para los resultados del Banco que afectaban de forma directa a la Corporación Industrial Banesto. 3º. Es de destacar que la mayoría de ellas se realizaban los últimos días del ejercicio correspondiente. 4º. Las citadas operaciones eran aprobadas por los máximos órganos de

dirección y gestión del Banco. 5°. Los únicos que podían tener interés en la confección de artificios contables, con el fin de que se desconociera la situación real de la entidad financiera eran los acusados; 6°. La propia sentencia excluye que la situación creada, se debiera a una deficiente organización al señalar, en la pág. 272, la pluralidad de mecanismos de control de la contabilidad.

Rechaza, por último, una posible actuación negligente, por omisión, de los deberes de vigilancia, que sería impune.

3.- Ciñéndonos exclusivamente a la cuestión planteada, que no es otra que la actuación dolosa de los acusados, en los denominados artificios contables, tenemos que acudir necesariamente a la sentencia recurrida para establecer si, sus inferencias sobre este punto son lógicas o bien resultan irracionales y arbitrarias, como pretende el Ministerio Fiscal.

La resolución recurrida enfoca la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos desde una doble perspectiva, por un lado expone que tratándose de un delito doloso, debe ser probado que cada uno de los acusados tuvo una intervención consciente en esa alteración de la verdad y por otro, se plantea la tipicidad de los hechos, tal como han quedado descritos en el apartado fáctico correspondiente. Como este último punto es objeto del motivo siguiente, nos centraremos en examinar exclusivamente, si los acusados intervinieron de forma consciente y directa en la realización de las anomalías contables que se reseñan.

4.- La jurisprudencia ha dicho reiteradamente, que esta Sala tiene facultad para examinar el raciocinio propio, que se deriva de las pruebas utilizadas para obtener una determinada convicción sobre la existencia del elemento subjetivo del delito, es decir, si ha existido o no dolo o culpa, ya que ello no afecta a la intangibilidad del hecho probado, por lo que la inducción o inferencia lógica constituye un juicio de valor que pueda ser revisado en casación.

También se ha dicho, que los juicios de valor aparecen siempre definidos como simples convicciones u opiniones, que pretenden desvelar, el verdadero sentido e intención de los comportamientos delictivos que se imputan a una persona. Para ello, es necesario partir de unos hechos que se consideran probados y que son los que constituyen el sustento fáctico en el que apoyar las convicciones inculpatórias.

Esta posibilidad abre el paso, a un nuevo examen o revisión, de la actividad valorativa del tribunal de instancia, lo que refrenda la postura inicialmente sostenida, de que el Recurso de Casación satisface el derecho a la doble instancia.

5.- Como señalan numerosas sentencias de esta Sala entre las que podemos citar la de 31 de Marzo de 1.988, los llamados “juicios de valor”, suponen una actividad del entendimiento, tendente a determinar el fin o la intencionalidad del agente en las distintas formas comisivas del delito, y aún cuando en gran medida están transidas de un carácter evidentemente subjetivo, permiten ser revisables en casación, siempre y cuando, en su desarrollo, se suministren elementos que permitan destruir el que la Sala de Instancia ha deducido, para ser sustituido por el que se invoca en trance casacional. Otra Sentencia de 14 de Febrero de 1.996, señala que la impugnación del juicio de valor, no queda imposibilitada por la circunstancia de que el mismo se haya incluido entre los hechos probados en la redacción de la sentencia. Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, vamos a examinar si en el relato de hechos probados existe una base fáctica para estimar no sólo la existencia de falsedades contables en documentos mercantiles, sino también la participación de alguno o algunas de las personas a las que afecta el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. No vamos a tratar de sustituir los elementos probatorios utilizados por la Sala de Instancia, sino comprobar si se dan los presupuestos fácticos necesarios para determinar la autoría de alguno de los acusados y posteriormente la calificación jurídica de los mismos.

6.- El extenso relato dedicado a los artificios contables nos pone en antecedentes sobre la existencia de déficit de provisiones correspondientes a créditos de dudoso cobro, que dieron lugar a un plan de saneamiento establecido por el Banco de España. Asimismo existieron auditorías que no presentaron reparos a las cuentas anuales, considerando que

reflejaban la imagen de la sociedad, según los acuerdos obtenidos en el plan de saneamiento de 1.992.

Al mismo tiempo, consta como hecho probado, que los Inspectores del Banco de España comprobaron, en julio de 1.993, que existían déficits de provisiones por créditos morosos, alguno de los cuales habían sido renovados y no considerados de dudoso cobro, indebidamente, a juicio de los Inspectores del Banco de España.

También se narra la intervención protagonista del acusado Mario Conde y del acusado Enrique Lasarte.

Asimismo en el apartado 4, se hace referencia a irregularidades contables de operaciones relacionadas con la venta realizada por la Corporación Industrial y Financiera Banesto, a la entidad Mercurio S.A de un determinado número de acciones de Acerinox que, según se dice en el hecho probado, finalmente no produjeron alteración de las cuentas consolidadas, en cuanto que se eliminó la relación intergrupo.

En el apartado 5 y en relación con los créditos dañados de Banesto Chilebank, antes Banco del Pacífico, se pone de relieve que el patrimonio neto del Banco del Pacífico era prácticamente nulo, en atención a los déficits apreciados por la superintendencia de Bancos de Chile. Se añade de forma clara y tajante que por esta razón no se reflejó en las cuentas consolidadas de Banesto Banking las necesidades de saneamiento del Banco del Pacífico.

En el apartado 6 se mencionan las operaciones relacionadas con la Sociedad Gescam que, según se afirma, se contabilizaron como beneficios a pesar de haberse obtenido de una operación intergrupo.

En el apartado 7, en relación con las operaciones relacionadas con la Unión y el Fénix Español y las sucesivas adquisiciones y préstamos realizados, se afirma que la operación de venta a Reve Holding fue aprobada por el consejo de administración de La

Unión y el Fénix, no adoptándose decisión alguna en el Consejo de Administración de Banesto, ni en su Comisión Ejecutiva.

En el apartado 8 se relaciona una propuesta de 27 de Julio de 1.992 de la Comisión Ejecutiva de Banesto, por la que se aprobaba un préstamo por importe de 50 millones de libras esterlinas o su contravalor en dólares. La Sociedad finalmente beneficiaria del préstamo fue Cobra Investment, declarándose tajantemente que dicha entidad pertenecía en un 50% a Banesto y no se incluyó en las cuentas consolidadas del grupo en el ejercicio de 1.992.

En el apartado 9, en relación con una operación relacionada con la adquisición de acciones de Banesto, de las que era propietaria Inversiones Azulreal Ink, se declara que este compromiso no fue recogido en las cuentas de Banesto en los años 1.990 y 1.991. Además Banesto se comprometía a otorgar avales por 5.565.000.000 de pesetas a favor de quien designase la Sociedad Calgary Investment, otra filial de Kiesselstein Stiftung. Este compromiso fue firmado por el Director General Javier Abad, y no se recogió en las cuentas anuales correspondientes a los años 1.990 y 1.991. En la secuencia de esta operación, aparece la Sociedad Cayenta Consultans LTD y se afirma también que, la diferencia entre los 7.812.000.000 pagados por dicha entidad y el precio de 3.400.000.000 de la opción de venta, no fue objeto de provisión en las cuentas de 1.992.

En el apartado 10 se recogen operaciones, en las que intervienen, entre otras sociedades, el Bank Of America, Asturiana del Cink y Swododa Handels und Beratungs Gsllschaft. Se dice en el relato de hechos probados que, en las cuentas de la Corporación en el año 1.992, no se provisionó cantidad alguna por esta operación, si bien se añade que dicha operación fue consultada, en los aspectos contables, a los auditores del banco.

En el apartado 11 se incluye una operación relacionada con el depósito en Banesto de 9.908.800 acciones de la Compañía Eléctrica Fecca. Después de relatar numerosas transmisiones y ventas se afirma, que Banesto pagó determinadas cantidades como dividendos, si bien los contabilizó como beneficios.

7.- De todo lo expuesto se desprende con claridad que no sólo hubo alteraciones contables, sino que todas estas manipulaciones no pudieron realizarse sin la autorización y consentimiento del acusado Mario Conde Conde, Presidente de la Entidad Financiera, persona que tenía la plena capacidad para disponer y decidir operaciones y del acusado Enrique Lasarte, que por esas fechas era Consejero Delegado del Banco Español de Crédito, y que tuvo una constante relación con el Banco de España en relación con las operaciones de saneamiento, lo que demuestra que estaba al tanto y que tenía que tener conocimiento de la verdadera realidad contable de la Entidad Financiera.

Para reforzar la participación directa en el conocimiento y autorización de estas alteraciones contables por parte del acusado Mario Conde, además de lo ya expuesto, no podemos olvidar que en el punto 3, del apartado que se denomina artificios contables, se afirma que todas las conversaciones para corregir los déficits se realizaron con la supervisión del mismo.

Desde una perspectiva de la determinación de la autoría por el dominio funcional del hecho, no existe duda que estos dos acusados, tuvieron una participación directa en la confección de las falsedades contables, sin perjuicio de que se materializasen por personas distintas. Un Presidente y un Consejero Delegado de una entidad financiera, asumen una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales, lo que les convierte en autores de las alteraciones falsarias. No puede llegarse a la misma conclusión respecto de las demás personas a las que el Ministerio Fiscal imputaba los denominados artificios contables.

Por lo expuesto el motivo debe ser parcialmente **estimado**.

SEPTIMO.- El motivo séptimo y último del Ministerio Fiscal se formaliza al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 290 del nuevo Código Penal en relación con los artículos 303 y 302.4º del Código penal de 1.973.

1.- El Ministerio Fiscal en base a los hechos que se describen en el apartado IX de los hechos probados, como Artificios contables, discrepa de la postura adoptada por la Sala sentenciadora, al considerar tales hechos como atípicos por estimar que la falsedad ideológica no era punible ni antes ni después del nuevo Código Penal y que el actual delito societario del artículo 290 no tiene naturaleza falsaria.

Sostiene, por tanto, que ha existido error de derecho y que el artículo 290 del nuevo Código Penal, puede ser aplicado a conductas realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1.995, sin que ello signifique quiebra del principio de legalidad.

2.- Frente a la declaración de atipicidad de los artificios contables que se relacionan en el correspondiente apartado, el Ministerio Fiscal sostiene que los hechos encajan de lleno en el artículo 290 del Código Penal vigente.

Señala que se han falseado las cuentas de la entidad bancaria, hasta el punto de no reflejar ésta, su imagen fiel, con afectación del principio de publicidad de los balances y las cuentas anuales, realizando todo ello de forma idónea para causar un perjuicio. Ahora bien reconoce que esta incardinación, de nada serviría, si no se estimase que el citado precepto resulta de aplicación a conductas llevadas a cabo con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal. En definitiva, solicita que la Sala, se pronuncie sobre la cuestión relativa a si la falsedad ideológica, era atípica antes de la reforma y lo sigue siendo después.

Entiende que el deber de veracidad también es exigible a determinados particulares, que no actúan exactamente como particulares y así lo es el secretario de la junta de accionistas de una Sociedad anónima o quienes, en una sociedad, les está encomendada, como es el caso que nos ocupa, la formulación de las cuentas.

Destaca que respecto de los gestores o administradores de Bancos o entidades de crédito, la obligación de decir verdad. El deber de veracidad, no concurre de una manera simplemente genérica, sino que está especialmente reforzado. No sólo porque lo impongan

con carácter general todas las leyes mercantiles – Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, de Responsabilidad limitada o Plan General de Contabilidad, sino porque en el caso de la Banca, la trascendencia de la información contable, no es sólo para los accionistas, sino para toda la sociedad y la economía. Por eso, existe incluso una regulación especial que disciplina la intervención de las entidades de crédito, como la Ley 26/98 de 29 de Julio.

2.- Una vez que hemos establecido la autoría, principal y relevante, a efectos penales, de los dos acusados a los que nos hemos referido en el motivo anterior, la calificación jurídica de los hechos que se relatan en el apartado IX bajo la denominación Artificios Contables, la haremos con mayor detenimiento al referirnos a los diversos motivos que el Fondo Nacional de Garantías de Depósitos ha interpuesto en relación con este punto. Para evitar indebidas repeticiones nos acogemos a todo lo que se expondrá en su momento en relación, con la existencia de falsedades contables en documentos mercantiles, derivadas de las operaciones que anteriormente hemos relatado.

En consecuencia, la postura respecto de la admisión del motivo es favorable a las pretensiones del Ministerio Fiscal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

III. RECURSO DE LAS ACUSACIONES POPULARES.

A) RECURSO DE LA ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC). Acusación Popular. Tomo III, folios 1023 a 1.045.

a) Motivos en relación con la denominada operación “retirada de caja de 300.000.000 de pesetas”.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 69 bis del Código Penal de 1.973 en relación con los artículos 535, 528 y 529.7ª del enunciado Texto Legal.

1.- Estima esta parte, en coincidencia con el Ministerio Fiscal, que en virtud del relato histórico de lo acontecido se debió aplicar el artículo 69 bis del Código Penal de 1.973 que regula la figura del delito continuado.

Partiendo de la existencia de dos distracciones de dinero, estima que responden a un mismo plan o a una trama preparada, con carácter previo, y cuyo “modus operandi” ha sido homogéneo.

Cita varias sentencias de esta Sala en apoyo de la tesis anteriormente expuesta.

2.- Los razonamientos empleados para estimar análogo planteamiento realizado por el Ministerio Fiscal, sirven para contestar a la presente cuestión, por lo que, para evitar repeticiones los damos por reproducidos.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del párrafo tercero del art. 113 y 114 del Código Penal de 1.973 e indebida aplicación del párrafo cuarto del art. 113 del enunciado Texto Legal.

1.- El segundo motivo se considera correlativo al anterior y mantiene que la aplicación de la continuidad delictiva, impide la aplicación del instituto de la prescripción, por lo que no procede declarar la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con varias sentencias de esta Sala que menciona en el desarrollo del motivo.

2.- Al contestar al planteamiento realizado por el Ministerio Fiscal, en torno a los plazos de prescripción de los delitos continuados, ya expusimos la postura de esta Sala

sobre el cómputo de los plazos en relación con la pena el abstracto, correspondiente al delito cuya prescripción se solicita o se estima. Reproducimos todo lo anteriormente mantenido.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

b) Motivos del recurso en relación con la denominada operación “Carbueros Metálicos”.

PRIMERO Y UNICO.- Por infracción del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 112.6°, 113.4° y 114.2° del Código Penal de 1.973, en relación con los artículos debidamente aplicados 535, 528 y 529.7ª del mencionado Texto Legal.

1.- Discrepa, al igual que el Ministerio Fiscal, de la fecha que la sentencia toma en consideración, para declarar la prescripción de la responsabilidad criminal de la persona, a la que se imputa la comisión de un delito de apropiación indebida y a la que afecta este motivo.

2.- Los razonamientos son semejantes a los utilizados por el Ministerio Fiscal, al sustentar la misma postura en el motivo correspondiente, por lo que damos por reproducido lo expuesto, en su momento, para dar respuesta positiva a esta pretensión.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

B) RECURSO DE LA FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS. Acusación Popular. Tomo III. Folios 1051 a 1.057.

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.1° de la LECrim., y en relación con la operación retirada de caja de 300.000.000 por estimar que infringe el art. 69 bis del Texto Refundido del Código Penal de 1.973 y el art. 74.1 del Código Penal de 1.995.

1.- La cuestión, como puede verse, es reproducción de idénticas cuestiones suscitadas, sobre la continuidad delictiva, en la operación que se denomina como “retirada de caja de 300 millones”.

Al mismo tiempo introduce, de forma inadecuada, la cuestión relativa a la prescripción del delito, que debió ser objeto de tratamiento independiente.

2.- Ambos temas los damos por contestados remitiéndonos a lo que hemos argumentado al contestar a estas cuestiones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender en lo que se refiere a la operación Carbueros Metálicos y en lo que respecta a Jacobo Hachuel Moreno, que se ha infringido por indebida aplicación el art. 113 del Código Penal de 1.973 y 131 del Código Penal vigente.

1.- El motivo se refiere a la indebida aplicación a la prescripción delictiva a los hechos que se imputan a Jacobo Hachuel, en relación con la operación Carbueros Metálicos.

2.- La tesis sobre cuando debe entenderse realizada una imputación formal o los efectos de interrumpir el plazo de la prescripción, son análogas a las que se esgrimieron en los motivos anteriores, por lo que damos por reproducido todo lo que venimos tratando.

Por lo expuesto, el motivo debe ser **estimado**.

C) RECURSO DE LA FEDERACION DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). Acusación Popular. Tomo III. Folios 1.156 a 1.168.

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por inaplicación del art. 69 bis del Código Penal de 1.973 o del art. 74 del Código Penal de 1.995, no habiendo apreciado la continuidad delictiva en la denominada operación retirada de caja de 300.000.000 de pesetas.

1.- Incide en la cuestión, tan repetida, de la existencia de un delito continuado, en la operación denominada de retirada de caja de 300 millones, en cuanto que existe un plan preconcebido, la homogeneidad e identidad de los hechos y la identidad del sujeto pasivo, lo que constituye una unidad típica bajo la figura del delito continuado.

2.- No existe ninguna aportación nueva, sobre las consideraciones que las diversas partes recurrentes han realizado en torno a la calificación jurídica de la operación de retirada de caja de 300 millones, por lo que nos remitimos a las anteriores consideraciones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por inaplicación del art. 113 del Código Penal de 1.973.

1.- Sobre la base de la existencia de un delito continuado, se sostiene de nuevo, que los plazos de prescripción se amplían por encima de los valorados por la Sala sentenciadora.

Como cuestión complementaria añade que, aún admitiendo el plazo de cinco años que computa la sentencia recurrida, discrepa de su medición, ya que habiéndose iniciado el cómputo el 6 de Abril de 1.989, señala que por la Fiscalía General del Estado se iniciaron Diligencias de investigación con fecha 10 de Enero de 1.994, como fruto de una denuncia del Sindicato de Comisiones Obreras y cita en su amparo la sentencia del Tribunal Supremo de 1.992, dice recaída en el caso Filesa.

2.- Las diligencias de investigación que puede practicar el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 5 de su Estatuto Orgánico y del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son previas a cualquier actuación procesal, como pone de relieve el propio texto de los artículos mencionados. En el caso de que el Fiscal decrete el archivo de las actuaciones, por estimar que los hechos no son constitutivos de delito, lo pondrá en

conocimiento de quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. Precisamente el párrafo tercero del artículo 785 bis.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para zanjar cualquier discusión sobre la naturaleza de estas actuaciones, ordena que el fiscal cesará en sus diligencias tan pronto como conozca que existe un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, lo que evidencia que todo lo actuado en la sede de Fiscalía, tiene un carácter preparatorio o previo a la existencia de un procedimiento judicial. En consecuencia no se puede estimar que estas actuaciones tengan virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 894.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infringir la sentencia impugnada el art. 114 del Código Penal de 1.973 en cuanto estima la prescripción respecto de Jacks Hachuel en la denominada operación carburos.

1.- Entiende la parte recurrente que respecto del cómputo y de la interrupción de la prescripción no es necesaria la identificación nominal de los responsables penales, bastando para ello con la posibilidad de su posterior individualización mediante determinados elementos de referencia, siempre y cuando, los actos dirigidos a la investigación del delito y de su autor, no sean de mero trámite.

Vuelve a recordar que la persona afectada por la prescripción, fue implicada directamente en la Operación Carburos Metálicos, antes de producirse su imputación formal en el procedimiento.

2.- Como puede observarse, la cuestión es idéntica a la planteada por anteriores acusaciones, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto, para contestar a la presente pretensión.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infringir el art. 14 del Código Penal de 1.973 (art. 28 del Código de 1.995), al aplicar en su lugar el art. 16 del Código Penal de 1.973 (art. 29 del Código de 1.995) y en lo relativo a la participación de Rafael Pérez Escolar en la denominada Operación Carburos Metálicos.

1.- En su opinión, del contenido del relato de hechos probados, se deduce que la participación de Rafael Pérez Escolar en la operación denominada Carburos Metálicos, es asimilable a la del también condenado Arturo Romaní, por lo que debió ser condenado a título de autor y no como cómplice, ya que su actuación tiene carácter claramente decisorio y no complementario o accesorio, como se deduce de la resolución recurrida.

Para sostener su pretensión, se basa sustancialmente en que en el hecho probado, se hace referencia continua a una planificación previa entre ambos acusados, sobre el destino que había que dar a la cantidad convenida, como precio de las opciones y que todo lo actuado con posterioridad, se fue desarrollando conforme a lo pactado entre ambos.

2.- La sentencia recurrida al hacer una valoración probatoria de todos los elementos disponibles, parece dar un mayor protagonismo a la persona que ha sido condenada como autora (Arturo Romaní), destacando que el pago se hizo en Suiza siguiendo instrucciones de este último. Más adelante, el razonamiento jurídico, refiere expresamente que el acusado Arturo Romaní, actuó con la cooperación de los acusados Rafael Pérez Escolar y Jacobo Hachuel, si bien añade que Arturo Romaní llevó a cabo la ejecución del plan delictivo, asumiendo la representación de Banesto en la operación y dio las instrucciones concretas, para que se borrara del contrato la mención al precio de la opción, con la clara finalidad de no dejar vestigio documental del precio pagado por Airs Products.

En relación con Rafael Pérez Escolar, al que afecta el motivo, se dice que su participación aparece acreditada al intervenir en las negociaciones iniciales de Enero y Febrero de 1.990 con representantes de Airs Products, poniendo de relieve que es designado

Presidente de Carburos Metálicos, tras esas negociaciones. Afirma, que conoció los detalles de la operación y estuvo presente en la firma del acuerdo de Abril de 1.990, en el que se propone por Romaní, borrar la referencia al precio de la opción. También conoció que el pago se realizó a un tercero distinto de Banesto y colaboró en la ocultación del hecho, mediante la confección de propuestas de recibo, que no se correspondían con la realidad.

La sentencia a pesar de todo lo que anteriormente ha quedado expuesto, considera que Rafael Pérez Escolar debe ser considerado como cómplice que no requiere, como es lógico, el dominio del hecho, sino comprobar sólo que se ha favorecido el mismo con un aporte objetivo no esencial. Según la resolución recurrida, no existen razones suficientes por las que su cooperación pueda ser tenida como necesaria, en cuanto era sustituible sin que se desbaratase el plan delictivo, pues el éxito de éste no dependía probablemente de forma sustancial de la intervención de este acusado, aunque su contribución sí lo favoreció.

3.- Para decantarnos por alguna de las alternativas contempladas entre la decisión de la sentencia y la planteada por la acusación popular que promueve el presente motivo, tenemos que ajustarnos estrictamente al contenido del hecho probado, para comprobar si se contienen y perfilan los elementos fácticos necesarios, para calificar la conducta del recurrido como autoría o como complicidad.

Si tenemos en cuenta que la Sala sentenciadora ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, resulta especialmente significativo, el apartado 3 del relato fáctico, en el que se dice textualmente que: “Los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar habían planificado que la cantidad convenida como precio de las opciones, que ascendía a 1.344 millones de pesetas, no debían ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza”.

Más adelante se añade que: “conforme a lo planificado, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar se pusieron en contacto con el también acusado Jacobo Hachuel, a fin de que éste recibiera el pago de Airt Products en Suiza a través de una Sociedad de Hachuel”.

Se relata la intervención, en la referencia a las 2.000 pesetas por opción, volviendo a insistir en que el resto de lo actuado se hizo “de acuerdo con lo planificado por los acusados Rafael Pérez Escolar y Arturo Román”.

Por último se hace una mención explícita al hecho de que los representantes de Airs Products, intentaron reiteradamente obtener un recibo justificativo de ambos acusados y que éstos, con la finalidad de que no se hiciera público el pago de Airs Products, se negaron sistemáticamente ofreciendo en su lugar un documento preparado por Rafael Pérez Escolar, en el que apareciese solamente la relación de dicha entidad con un bufete extranjero que había actuado de intermediario.

4.- Según el derogado artículo 14.1 del anterior Código Penal, tenían la consideración de autores, entre otros, todos los que toman parte directa en la ejecución del hecho, situándose en la misma escala de responsabilidad criminal, los inductores y los cooperadores necesarios. El actual artículo 28 del Código Penal vigente haciéndose eco de un sector de la doctrina que propugnaba la distinción entre autores directos y partícipes, hace unas matizaciones semánticas, en orden a los que se puede considerar como “autores auténticos” (los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento), de los que también pueden ser considerados como autores, que un sector de la doctrina denomina “autores asimilados” (los inductores y los cooperadores necesarios).

De acuerdo con la doctrina tradicional de esta Sala, la complicidad concurre allí donde se da una colaboración o ayuda útil y operante en la ejecución del delito, permitiendo que esa ejecución sea más rápida y eficaz. Se exige también que se trate de una conducta subalterna o periférica, que de alguna manera relevante, contribuya a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, pero siempre de carácter accesorio.

5.- En el caso presente y con los antecedentes fácticos que han quedado reseñados, se pone de relieve que ambos acusados y concretamente el recurrido, estuvo

presente en todo el proceso delictivo y que tuvo un especial protagonismo o si se quiere un suficiente dominio del hecho, para que las cosas pasaran tal como han quedado descritas. No se trata solamente de que exista, como ha quedado incuestionablemente fijado, un plan o designio previamente trazado y diseñado entre ambos acusados, sino que la participación del recurrido, no se limita a diseñar la elaboración del plan, sino que se integra y participa directamente en la ejecución de cada una de las fases principales, por las que pasa la consumación del hecho delictivo. Interviene en cada momento, no sólo como cotitular de la decisión común de realizar la operación delictiva, ostentando un permanente dominio del hecho sin que, en ningún momento, haya un desfase o pérdida de contacto entre ambos partícipes. Es decir, que tanto en la dicción del antiguo artículo 14.1, “toma parte directa en la ejecución del hecho”, como en la actual redacción del artículo 28, “realiza directamente el hecho” en conjunción con el otro acusado, por lo que ni siquiera cabe hablar de autoría por cooperación necesaria.

En consecuencia estimamos que, los datos fácticos consolidados, que constituyen la esencia o punto de partida necesario para calificar la conducta, nos llevan a considerar que el recurrido participó a título de autor en los hechos que se le imputan.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infringir la sentencia por inaplicación los artículos 303 en relación con el 302.4º del Código Penal de 1.973 (art. 290 del Código Penal de 1.995).

1.- Estima la parte recurrente que, en relación con el apartado que se denomina artificios contables, existe una falsedad documental integrada por la concurrencia del elemento objetivo consistente en la mutación de la verdad por alguno de los procedimientos previstos en la norma sustantiva del antiguo artículo 302 del Código Penal y por el elemento subjetivo o dolo falsario.

Combate la tesis de la sentencia que afirma que la falsedad ideológica del particular, no era punible ni antes ni después de la reforma penal de 1.995 y que el delito societario del artículo 290 no tiene naturaleza falsaria y sostiene que, en definitiva, la falsedad ideológica cometida en documento mercantil resultaba castigada por el artículo 303 en relación con el apartado 4 del artículo 302 del Código Penal de 1.973 y en la actualidad está comprendida en el artículo 290 del Código Penal y vigente.

2.- La cuestión ya ha sido mencionada al contestar a análogos planteamientos realizados por el Ministerio Fiscal, por lo que nos remitimos a lo expuesto con anterioridad para responder a este motivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

IV. RECURSOS DE LAS ACUSACIONES PARTICULARES.

A) RECURSO DEL FONDO DE GARANTIAS DE DEPOSITOS EN ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

PRIMERO.- El motivo primero se interpone al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 69 bis del Código Penal de 1.973 en relación con los artículos 535, 528 y 529.7ª del citado texto punitivo en lo que se refiere al hecho delictivo que la sentencia define en el Hecho Probado I como “Retirada de caja de 300 millones de pesetas”.

1.- La tesis de la parte recurrente, coincide sustancialmente con la mantenida por el Ministerio Fiscal en su motivo segundo, y pasa por sostener la existencia de un delito continuado de apropiación indebida, ya que la disposición de la cantidad sustraída, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones de pesetas cada una, separadas por un lapso de tiempo apreciable –alrededor de dos meses- por lo que no puede estimarse, que existió una acción única sino dos acciones unidas a través de un nexo de continuidad.

Mantiene que, tanto desde el punto de vista naturalístico de la concepción natural de la vida, como del normativo del sentido de la tipicidad, los hechos que la Sala de Instancia declara probados en el relato fáctico de la sentencia, no pueden entenderse constitutivos de una única acción delictiva, sino que aparecen netamente definidos como integrantes de dos acciones penales claramente diferenciadas, unidas por un solo lazo jurídico de continuidad delictiva.

2.- Para evitar repeticiones damos por reproducida la contestación, que se dio a la misma cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal y otras partes acusadoras.

Como dato complementario, podemos añadir que, en el desarrollo del motivo, se insiste en la existencia de la ejecución fraccionada de una sola voluntad, que es precisamente lo que constituye la esencia del delito continuado, citando en apoyo de su tesis varias sentencias de esta Sala.

Termina exponiendo que, en el caso de estimarse la postura que plantea, considera más favorable la aplicación del Código Penal de 1.973, vigente al tiempo de cometerse los hechos, por la posibilidad de acogerse al régimen de redención de penas por el trabajo, si bien no descarta la posibilidad de aplicar el Código vigente. Esta cuestión ya ha sido abordada anteriormente por lo que nos remitimos a lo ya razonado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

SEGUNDO.- El motivo segundo se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 113.4º y falta de aplicación del párrafo 3º de ese mismo artículo, ambos del Código Penal de 1.973 vigente al cometerse el hecho e iniciarse el procedimiento, en relación al hecho relativo a la Retirada de Caja de 300 millones.

1.- La fundamentación se centra en sostener que, si prospera la tesis del delito continuado, la pena aplicable excedería de seis años, por lo que el plazo de prescripción, conforme al párrafo 3º del artículo 113 del Código Penal de 1.973, sería de diez años, plazo

no transcurrido entre la consumación del delito y la fecha de presentación de la querrela que inicia esta causa y la imputación de ese delito al acusado.

Señala que el delito de apropiación indebida, quedó consumado el 6 de Abril de 1.989 y la querrela del Ministerio Fiscal en que se perseguía ese delito, imputándolo a Mario Conde, se presentó el 14 de Noviembre de 1.994 siendo admitida a trámite el siguiente día 15, y, a su vez oído como imputado, el 14 de Diciembre siguiente.

En consecuencia y no habiendo transcurrido el plazo legal para declarar prescrito el delito, procede dictar segunda sentencia, imponiendo la pena solicitada en su escrito de conclusiones (nueve años de prisión mayor).

Subsidiariamente, pone de relieve que para el caso de que se considere más favorable la aplicación de los artículos 252 en relación con el 250.6º del nuevo Código Penal, tampoco procedería la prescripción del hecho, pues al estar castigadas las apropiaciones indebidas cualificadas con la pena fijada en el artículo 250 y al ser esa pena de uno a seis años (imponible además en su mitad superior, por imperio del artículo 74.1 del citado Código), la regla de prescripción aplicable, sería la del artículo 131.1 párrafo tercero, que impone el plazo de 10 años para la prescripción de los delitos castigados en la ley, con pena máxima de prisión por más de cinco años y menos de diez, como es el caso.

2.- El motivo no introduce novedades sobre las cuestiones análogas ya examinadas, por lo que nos remitimos al contenido de las respuestas anteriores.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

TERCERO.- El motivo tercero se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 114.2 del Código Penal de 1.973, vigente al cometerse los hechos e iniciarse el proceso, en relación con el artículo 113 párrafo 4º del mismo texto legal. El motivo se relaciona con el hecho probado IV “Carbuos Metálicos” en lo que se refiere al acusado Jacobo Hachuel Moreno.

1.- Impugna la absolución del acusado Jacobo Hachuel, del delito de apropiación indebida, del que era acusado como coautor por su participación en la “Operación Carburos Metálicos”, al considerar que, en la fecha en que se toma declaración como imputado, no había transcurrido el plazo de prescripción.

Insiste en que, tanto en la fecha de presentación de la querrela, de cuyos hechos podía deducirse la participación del acusado en dicho delito, como en la primera declaración del acusado Arturo Romani, que le cita como vinculado al percibo del dinero apropiado, como en la fecha de la primera declaración como testigo de Jacobo Hachuel, en la que reconoce la percepción de la suma objeto del delito, el plazo de prescripción no había transcurrido.

Señala, como dato a valorar, que el retraso en recibir declaración al acusado se debió a un criterio personal y, a su juicio, erróneo del Instructor, que mantuvo inicialmente el secreto de las actuaciones y posteriormente denegó las peticiones, en tal sentido de las acusaciones. Este criterio hubo de ser modificado por la vía del recurso, por lo que, de surtir efecto la dilación, se lesionaría el derecho fundamental de tales acusaciones, a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución.

2.- El tema de la prescripción aplicada al acusado recurrido, ya ha sido abordado, por lo que nos remitimos en lo esencial a lo en su momento, expuesto.

Se acude a la cita de una variada doctrina jurisprudencial de esta Sala, decantándose por la línea mayoritaria, que sitúa la interrupción del plazo de prescripción, desde el momento en que se inicia la averiguación, de cómo ocurrieron los hechos y paralelamente o a continuación, de quiénes pudieron ser sus autores, de tal forma que no es necesario indicar “ab initio” las personas posiblemente inculpadas. En el mismo sentido, se entiende interrumpida la prescripción, en los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aún cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas.

Especial mención merece la sentencia 1/1.997 de 28 de Octubre (Causa Especial 880/1991) en la que se dice que, lo trascendente no es la forma en que se preste declaración (como imputado o como testigo), sino el que, al declarar, dentro del plazo prescriptivo, el que después es encontrado culpable de los hechos, lo haga manifestándose libremente en cuanto a los hechos en sí, que es lo básico e importante a los efectos de la incriminación.

Reconociendo que el recurrido no declaró como imputado hasta el 30 de Noviembre de 1.995, por lo que se declara prescrito el delito, es lo cierto que en la querrela del Ministerio Fiscal, se señalaba la existencia de un pago a un despacho de abogados suizos y en las declaraciones de un coacusado querrellado, hecha antes de vencer el plazo de prescripción, se vinculaba ese despacho al acusado Hachuel.

También resulta relevante señalar que, ante la denegación del Juez Instructor para que el recurrido declarase como inculcado, se interpuso recurso de queja que fue resuelto por Auto de 18 de Junio de 1.996 por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se dice como colofón que, a la vista de las alegaciones y planteamientos, no resulta procedente descartar anticipadamente una posible responsabilidad delictiva.

Dando por reproducidas anteriores consideraciones sobre este tema, tenemos por contestado el motivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

CUARTO.- Se formaliza al amparo del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

1.- Como particulares de los documentos en que basa el error, cita el escrito del Banco de España de 6 de Septiembre de 1.993 (folios 665 y ss de la pieza separada formada por la documentación remitida por el Banco de España). Particulares que, en su opinión, revelan el error del juzgador, al señalar en el hecho probado el destinatario de dicho

documento, así como en la fijación de la naturaleza concreta y alcance económico, de las irregularidades descritas de forma pormenorizada en el cuerpo de dicho documento.

El documento invocado, consiste en un escrito dirigido al Sr. Presidente del Consejo de Administración del Banco Español de Crédito, que a la sazón era el acusado Mario Conde Conde, en el que se hacen referencias parciales el hecho probado IX (artificios contables de la sentencia recurrida), lo que da contenido de veracidad y autenticidad al documento, al ser tenido como tal por la Sala, a la vez que permite acreditar mejor el error de hecho del juzgador, al contrastar lo que éste dice sobre el contenido y documento con su contenido real y literal.

El documento acredita que éste iba dirigido al Presidente del Consejo de Administración del Banco Español de Crédito, esto es al acusado Mario Conde y no a los Gestores de Banesto, como se dice en el hecho probado. Asimismo el documento acredita que los hechos puestos de relieve, fueron descubiertos por la Inspección del Banco de España y determinados en julio de 1.993, comunicándose al Presidente del Consejo de Administración de Banesto el 6 de Septiembre de 1.993, por lo que la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida deberá acomodarse a esa realidad documental. También resulta de ese documento, que las irregularidades puestas de manifiesto, tuvieron trascendencia en los resultados y recursos propios consolidados al cierre del ejercicio de 1.992, lo que es distinto a lo que la sentencia dice, al señalar que en Junio de 1.993, existían déficits de provisiones por créditos morosos. Por último señala, que dicho documento refleja la existencia de importantes cantidades, que deben ser minoradas en las cuentas que se mencionan, apartándose así significativamente del reflejo de la imagen fiel del Banco Español de Crédito.

Considera que la estimación de este motivo, tiene trascendencia para el fallo, como se argumentará en los razonamientos de fondo.

2.- Ajustándonos a los términos en que ha sido planteado el motivo, debemos resaltar que el escrito del Banco de España de 6 de Septiembre de 1.993, no entra en

contradicción insalvable con el contenido del hecho probado, ni acredita un error evidente del juzgador, que obligue a la modificación del relato fáctico.

No discutimos su carácter netamente documental, a efectos casacionales, pero insistimos en su irrelevancia, a la hora de acreditar un error en la apreciación de la prueba. Los puntos que resalta la parte recurrente, están en cierta medida incorporados a la narración de lo acontecido, por lo que no se observa como necesario la modificación de la misma.

La sentencia afirma que el Banco de España comunicó a los gestores de Banesto el 6 de Septiembre de 1.993 los déficits apreciados, lo que implica que se le comunicó también al Presidente del Consejo de Administración, condición que ostentaba el acusado Mario Conde y que se declara en el apartado I de la sentencia, al referirse a la operación de retirada de caja de 300 millones de pesetas.

La situación de irregularidad de la entidad bancaria, se refleja de forma clara y meridiana en el relato de hechos probados, resultando indiferente a los efectos de la calificación jurídica, la determinación exacta de las fechas en que se estiman detectadas. La propia parte recurrente admite, que es cierto que se determinó que, en Junio de 1.993, existían déficits de provisiones por créditos morosos.

En definitiva la situación de irregularidad contable, la existencia de defectos de provisiones por créditos morosos, la minoración de los resultados consolidados y de los recursos propios computables, son datos que están incorporados a la descripción de los hechos que realiza la sentencia, por lo que las diferencias de criterio en orden a la redacción de los desfases y desajustes no constituyen un error sustancial del juzgador que deba ser corregido.

3.- El error de hecho, supone que el juzgador no ha tomado en consideración documentos obrantes en la causa, que evidencia de forma inequívoca e incuestionable una equivocación, que trasciende a la calificación jurídica de los hechos y por traslación a la parte dispositiva de la sentencia.

No existe error, en tanto en cuanto que el contenido de los documentos invocados para sustentar el motivo, ha sido tenido en cuenta de forma sustancial y autónoma por el órgano juzgador, aunque la parte recurrente estime que debe dárseles otra lectura distinta o interpretación diferente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Se formaliza al amparo del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, que resultan de los particulares de los documentos que se citan en el extracto de este motivo.

1.- Se apoya de nuevo en el documento citado en el motivo anterior y sostiene que, los resultados que se hacían constar en las cuentas anuales de Banesto correspondientes al ejercicio de 1.992, deberían haber sido deducidas en 4.027.000.000 de pesetas, así como debieron ser incrementados los recursos propios computables, en 1.538.000.000 de pesetas correspondientes a los resultados negativos de la Sociedad Inversiones Iberia LTD.

Según la parte recurrente, determinados particulares del documento antes citado, ponen de relieve que la no inclusión de la sociedad filial Inversiones Iberia LTD, en los estados consolidados de las cuentas de 1.992 provocaron una sobrevaloración de los resultados del Banco en 4.027.000.000 de pesetas y un incremento de los recursos propios, computables a los efectos de las obligaciones, en orden a la determinación del coeficiente de recursos propios impuesto por la normativa bancaria de 1.538.000.000 de pesetas.

Se cita también como documento la “certificación del Registro Mercantil de Madrid referentes a las cuentas anuales de 1.992 del Banco Español de Crédito” y pretende utilizar los particulares referentes a las páginas 63 y 64, certificadas por el Registro mercantil, que contienen la relación de las sociedades del Grupo Consolidadas por Integración Global.

Del examen del documento resulta que Inversiones Iberia LTD presenta resultados negativos en el ejercicio de 1.992, que debieron ser recogidos en las cuentas anuales consolidadas de ese ejercicio, disminuyendo así el saldo positivo que se hacía figurar en tales cuentas.

Considera que lo anterior es relevante para el enjuiciamiento, pues acredita una voluntad consciente y deliberada de ocultar a los destinatarios de las cuentas anuales, esa información trascendental, así como no incluir en los resultados contables unas cifras negativas computables procedentes de la operación de la Compra del Banco del Pacífico y la transferencia de las pérdidas a la Sociedad Inversiones Iberia participada al 99,99% por Banesto, todo lo cual era conocido por el Presidente de Banesto, Mario Conde cuando aprobó y firmó esas cuentas anuales, dándoles así estado jurídico.

2.- Los errores que denuncia la parte recurrente, se consideran relevantes para acreditar la voluntad consciente y deliberada de los administradores de derecho de la entidad bancaria, de ocultar en los resultados contables, unas cifras negativas computables, procedentes de la operación de compra del Banco del Pacífico y la transferencia de las pérdidas de la Sociedad Inversiones Iberia participada al 99'99% por Banesto, lo cual era conocido por el Presidente de esta entidad, cuando aprobó y firmó las cuentas anuales.

Debemos insistir en que, todos los datos relativos a los déficits, irregularidades, alteraciones contables, están recogidos en el relato fáctico y fueron los que llevaron a que el Consejo Ejecutivo del Banco de España acordase, el 28 de Diciembre de 1.993, la sustitución de todos los miembros del Consejo de Administración de Banesto y el nombramiento de un equipo gestor provisional.

Precisamente por esta circunstancia el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, realizó una aportación a fondo perdido de 285.000 millones de pesetas y concedió un préstamo de 315.000 millones a un interés inferior al del mercado, que provocó un coste financiero de 41.000 millones de pesetas, resarciéndose parcialmente

de aquellas sumas por importe de 133.458.647.876 pesetas a consecuencia del concurso público de acciones de Banesto y no recuperando la cantidad de 192.541.352.124 pesetas.

En todo lo demás, nos remitimos a lo expuesto con anterioridad al contestar al motivo del Ministerio Fiscal, en relación con la autoría de los acusados Mario Conde y Enrique Lasarte en las falsedades contables a cuya calificación nos referiremos más adelante.

3.- Como se ha dicho en reiteradas sentencias de esta Sala (entre otras 8-6-98; 30-1-98; 28-2-98 y 27-4-98), para dar paso al error de hecho y a la consiguiente modificación del relato fáctico, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado, sea relevante en cuanto, que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal condición. El motivo no puede prosperar, pues el recurso se da fundamentalmente contra el fallo y no contra los argumentos de hecho y de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo, por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación de extremos sustanciales.

Parece que no tiene mucho sentido casar y anular parcialmente una sentencia, para corregir aspectos fácticos de la misma, que después carecerían de efecto sobre la calificación jurídica y el fallo.

En todo caso, subrayaremos que los documentos citados no entran en contradicción insalvable con el relato que se contiene en el apartado denominado artificios contables.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXO.- El motivo sexto se formaliza al amparo del número 2º del art. 849 Ley de Enjuiciamiento Criminal., por error de hecho en la apreciación de la prueba,

resultante de los particulares de los documentos obrantes en autos que se señalan y analizan en el desarrollo del motivo.

1.- Vuelve a citar el documento, ya invocado, del escrito de 6 de Septiembre de 1.993 dirigido por el Banco de España al presidente de Banesto.

A su vez cita el documento consistente en “nota para D. Enrique Lasarte como Consejero Delegado” obrante a los folios 9.899 y ss, del “expediente administrativo” que figura incorporado a la causa en la pieza separada que lleva por título “documentación remitida por el Banco de España” que, en su opinión, acredita la práctica de consignar datos contables alternativos, según decisión de los Gestores y la conveniencia de no revelar resultados negativos de la gestión.

Por último acude al documento, aportado por fotocopia con la querrela del Fiscal bajo el nº 98 (así lo designa el fundamento jurídico X de la sentencia) e incorporado en su forma original firmada a los folios 1.148 y 1.172 y que está constituida por el “informe correspondiente a la auditoría operativa y financiera al 31 de Mayo de 1.993” llevada a cabo en la sucursal de Londres. Señala los particulares referentes al apartado octavo que recoge las deficiencias encontradas, que figuran en las páginas 7 a 9 de su anexo II y que acredita la existencia de instrucciones y prácticas de ocultar datos negativos para Banesto.

El documento del Banco de España tiene interés, ya que resalta que “mención especial merece la existencia de sociedades interpuestas no incluidas en los estados consolidados, que impiden un reflejo fiel de la situación patrimonial y financiera del Grupo Banesto y dificultan su supervisión”, y acredita que el hecho de ocultar a los auditores externos y a la inspección del Banco de España datos importantes, que afectaban a aspectos negativos de las operaciones de Banesto, era una práctica establecida.

2.- El motivo se apoya en los mismos documentos precedentemente esgrimidos, con las adiciones que han quedado transcritas en el anterior apartado. Volvemos a repetir

que dichos documentos no entran en confrontación irreductible con la redacción del relato fáctico y ni siquiera con las valoraciones probatorias que realiza la sentencia recurrida.

Por todo lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEPTIMO, OCTAVO Y NOVENO.- Trataremos conjuntamente los motivos séptimo, octavo y noveno. El motivo séptimo, se formaliza al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 303, en relación con el art. 302.4 y el art. 69 bis todos ellos del Código Penal de 1.973 vigente al tiempo de cometerse los hechos. El motivo octavo se formaliza al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 392 del CP de 1.995, en relación con los artículos 390.1 nº 1 y 74.1 del citado texto punitivo, caso de estimarse más favorable al reo la penalidad resultante de estos preceptos de la que resultarían de estimarse el motivo precedente que aplica el código derogado vigente al cometerse el delito. El motivo noveno se formaliza al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 290.1 y 2 del Código Penal de 1.995 como subsidiario del anterior.

1.- Señala que, en el apartado IX del relato fáctico de la sentencia, se desprende la existencia de una serie de hechos que producen, como resultado, que las cuentas anuales consolidadas del Grupo de Sociedades dominadas por el Banco Español de Crédito correspondientes al ejercicio de 1.992, estuvieron falseadas en su partida de pérdidas y ganancias y cuentas de resultado, de modo deliberado y ocultando tal falseamiento tanto a los servicios del Banco de España, como a los auditores externos de Banesto, auditoría que llevaba a cabo Price Waterhouse. Asimismo se desprende de dichos hechos probados, que las expresadas cuentas anuales de 1.992, presentaron, pese a ello, unos resultados alterados en su cuantía y aparentemente inferiores a los reales, en virtud de la no contabilización de datos significativos, recogidos en el apartado fáctico de la sentencia recurrida, los que por haber sido ocultados al Banco de España, a la auditoría externa y no descubiertos hasta el verano de 1.993, no pudieron ser tenidos en cuenta ni por las autoridades del Banco de España, ni por los auditores externos, cuando aprobaron el referido plan de actuaciones e informaron las cuentas anuales respectivamente, por lo que ni la aprobación del plan, ni el informe, sin reparos, de las cuentas anuales pueden eliminar las falsedades ocultas, ni sanar su carácter delictivo.

2.- Afirma, que el número 1º del art. 390.1 del Código vigente contempla una modalidad de falsedad, de nueva formulación que, en caso de concurrir en algún supuesto de hecho concreto, como es el que es objeto de este motivo de recurso, que, en principio serían subsumibles en el antiguo nº 4º del art. 302, los absorbería, siendo aquél de aplicación preferente por su especialidad y homogeneidad y referirse a hecho que son idénticos y atentan al mismo bien jurídico. Señala la naturaleza documental, a la luz de la definición auténtica del art. 26 del CP de 1.995 y de la doctrina jurisprudencial producida bajo el código derogado, que es propia tanto de las cuentas anuales como de los balances que se tachan de falsos.

Sostiene que el nº 1º del art. 390.1 al referirse a “alterar” un documento en uno de sus elementos o requisitos esenciales, no se circunscribe solo a la mutación material de documentos preexistentes o ya producidos, sino también a la alteración ideológica de un elemento esencial del documento que se está emitiendo. Esta postura queda esclarecida con sólo plantearnos el supuesto de la modificación de la fecha, cuando esta es significativa para los efectos jurídicos del documento.

Estima que la cuenta de resultados, es un elemento esencial del documento mercantil, en que se recoge por la obligatoriedad jurídica de su inclusión, como uno de sus componentes necesarios. Las cuentas anuales forman una unidad pero están integradas por una serie de documentos parciales. Asimismo las cuentas anuales tienen como finalidad, el reflejar la imagen fiel de la entidad mercantil y por esa razón el art. 34.2 del C de Comercio impone, no sólo que las cuentas anuales se redacten con claridad, sino que muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales, lo que repite el art. 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3.- Sostiene que el legislador de 1.995 ha singularizado, respecto a los documentos mercantiles, ciertas falsedades ideológicas, que reúnen un contenido de lesividad típica, por representar una quiebra del deber de veracidad del emisor de los documentos y afectar al desarrollo de la actividad económica y la confianza que en el seno

social, las personas tienen en la veracidad y certeza de aquellas declaraciones documentadas que se efectúan, precisamente para que lleguen al conocimiento de esos terceros. La Sentencia del TS de 30 de Septiembre de 1.997, cita como supuestos en que la falsedad ideológica se tipifica expresamente, “en determinados documentos mercantiles”, los arts. 261, 290 y 310.

En su opinión, se trata de conductas que eran punibles en la legislación derogada y continúan siendo punibles en la nueva legalidad, por lo que en ningún momento dejaron de ser ilícitas.

Por último pone de relieve que el principio de legalidad, obliga al juzgador a aplicar el precepto que acoja más fielmente el castigo de un hecho ilícito penal, aunque no sea el mismo que fue invocado por la acusación, siempre que entre uno y otro supuesto típico, exista homogeneidad y no se produzca una agravación en la pena, por lo que no se vulnera el principio acusatorio, ni se produce indefensión.

4.- La sentencia recurrida, considera que la falsedad ideológica del particular, no era punible antes ni después de la reforma penal de 1.995 y que el delito societario del artículo 290 del nuevo Código no tiene naturaleza falsaria y, en todo caso, es posterior a los hechos enjuiciados.

Afirma que la mentira documentada, sólo es típica si el documento se ve afectado en alguna de sus funciones esenciales, en concreto la función de servir como medio de prueba. Añade más adelante y declara, que lo relevante es si la conducta inveraz determina que se altere su función probatoria, porque la falsedad ideológica va indisolublemente unida a esa concreta eficacia que el ordenamiento atribuye a los documentos. La función probatoria del documento, de acuerdo con la mejor doctrina, debe concebirse como capacidad del documento, para ser utilizado como prueba en un eventual procedimiento judicial. En su opinión, el documento contable no prueba la situación económica de la empresa, que deberá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en

derecho, sino sólo prueba que el empresario, ha emitido una declaración sobre la situación de la sociedad bajo el deber de veracidad.

Termina su razonamiento, sentando que, el actual artículo 290 del Código Penal, no protege la fe pública asociada a las funciones de un documento, sino que, como delito societario, tutela que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros (entidades de crédito, inversores), que operan en el sector económico amparados en la confianza que resulta de las cuentas de una empresa. Desde este punto de vista, es indiferente que los libros de comercio hagan o no fe de su contenido, porque como delito societario, no como delito de falsedad documental, es indiferente que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento.

5.- No podemos compartir las tesis expuestas por la sentencia recurrida, en orden a la inexistencia de una falsedad en documento mercantil, ni a la naturaleza del falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos societarios.

En primer lugar hemos de sentar que, siguiendo la jurisprudencia tradicional de esta Sala, los balances y otros documentos que reflejan la situación de una empresa, cualquiera que sea su entidad y complejidad, son verdaderos documentos mercantiles, que no sólo sirven para dar cuenta de la marcha de la empresa, sino que tienen una incuestionable vocación probatoria si la entidad en cuestión se ve abocada, por ejemplo, a un expediente administrativo o un litigio contencioso, en el que se discutan el pago a tributos a la Hacienda Pública, estatal, autonómica y foral.

El propio Código Penal vigente, en el artículo 305, al regular los delitos contra la Hacienda Pública, las califica de verdaderas falsedades al establecer que: “las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales” que se utilicen para cometer los fraudes, quedarán exentos de responsabilidad penal, por razones indudables de política criminal. Ahora bien, el legislador afirma tajantemente que las irregularidades contables son verdaderas y auténticas falsedades.

La misma consideración tenían en el Código de 1.973 (artículo 349). Las alteraciones contables, no sólo introducen elementos documentales falsos en una actividad que debe desarrollarse con arreglo a la ley, sino que inducen a error a los destinatarios de información sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo empresarial.

6.- El interés evidente, de que la actividad mercantil, en todas sus facetas, refleje la realidad de la situación económica de las empresas, es algo más que un mero formalismo. Importantes sectores doctrinales, no han dudado nunca en incluir las falsedades, en el grupo de infracciones contra la comunidad social. El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba.

Esta valoración cobra una especial singularidad, cuando nos encontramos ante los balances de entidades financieras, cuya repercusión en la economía nacional, es de tal intensidad que, sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema.

Por ello, como apunta certeramente la parte recurrente, gran número de disposiciones legales, cuidan especialmente de que estos documentos mercantiles reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa.

El Código de Comercio (artículo 42) y las leyes de Sociedades anónimas (art. 171, 189 y Sección Quinta del capítulo IV de la ley) y de Responsabilidad limitada (art. 84) establecen los criterios de formulación de las cuentas anuales y balances. Su consideración como instrumentos de publicidad frente a terceros, se recoge en el Capítulo III, del Título III del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 329 a 342.

De manera más concreta y específica, se impone la remisión o comunicación de Balances periódicos, que reflejan la situación patrimonial contable de la sociedad a las

autoridades monetarias y del mercado de valores (Capítulo III. Sección Segunda de la Circular 4/91 del Banco de España y en especial la norma cuadragésima novena, Orden Ministerial de 18 de enero de 1.991).

Existe una especial preocupación, como ya se ha señalado, porque las cuentas anuales de las empresas, reflejen su imagen fiel, en orden a su situación patrimonial, sus operaciones financieras y los resultados de su actividad empresarial (art. 34.2 del Código de Comercio; art. 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada).

Refuerza esta exigencia, la Ley sobre la Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en cuyo artículo 4.f), se considera infracción muy grave, el hecho de “carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que le impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad”.

La misma ley, en su art. 4.i), hace referencia a la falta de veracidad en los datos o documentos, que deban remitirse o sean requeridos por la autoridad administrativa y concede una especial importancia, en el artículo 4.j), al incumplimiento del deber de fidelidad informativa debida a los socios, depositantes, prestamistas y al público en general, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante.

Como se ha señalado por un sector de la doctrina, corresponde al derecho penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquellas. Es necesario además, proteger otros intereses estrechamente relacionados con los anteriores y que afectan al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional.

Nos encontramos ante incuestionables falsedades documentales, que merecen una especial sanción, bien en el campo genérico de los delitos falsarios o en el más específico de los delitos societarios.

7.- La fidelidad de los balances y cuentas, no sólo es una exigencia legal, sino una obligación profesional de los titulares y responsables de las empresas, que se ve reforzada en los tiempos actuales por la libertad de mercados y por la libre competencia. Tienen por objeto salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales.

Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información, constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos, dicho afecta a los intereses de la comunidad.

8.- La legislación derogada castigaba, sin ningún género de dudas, la falsedad ideológica en documento mercantil y sobre todo cuando el documento, era elaborado o producido por la persona o entidad, que hacía constar en él o incorporaba a su contenido como ciertos, hechos que no lo son. Las varias sentencias que se citan por la parte recurrente para confirmar esta tesis, ponen de relieve que la alteración de la veracidad o autenticidad del documento, produce la lesión de la confianza pública en su realidad y altera sustancialmente la credibilidad del tráfico mercantil.

9.- Trasladando estas conductas al vigente Código Penal, observamos que el legislador ha querido destipificar algunas actividades falsarias, cometidas por particulares, como las que se derivan de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sin que dicha conducta pueda extenderse a todos los supuestos en los que el mismo sujeto, es a la vez el confeccionador y redactor íntegro del documento.

Ahora bien, esta postura que se refleja en el artículo 392 del Código Penal, no supone una derogación general de la falsedad ideológica, sino que refleja la aceptación de una línea doctrinal y jurisprudencial que, en los supuestos clásicos y genéricos de la falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, manifestando a un tercero encargado de la redacción del documento datos inexactos, propugnaba y propugna reducir el radio de acción de la respuesta penal. Sin embargo se mantiene la punición de aquellos casos en los que la verdad, incide sobre bienes jurídicos transcendentales que el legislador ha querido tutelar de una manera específica.

En el artículo 290 del Código vigente se recoge de manera específica, una modalidad de falsedad incuestionable, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, que es lo que ha sucedido en el caso que estamos examinando.

La protección de los intereses superiores del tráfico económico financiero, ha impulsado al legislador a salvaguardar a la entidad societaria, a los socios o a terceros frente a las maniobras falsarias en la documentación que deba reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad, llegando a imponer la pena (uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses) en su mitad superior, si se llegase a causar un perjuicio económico.

Como ya se ha dicho, a lo largo del Código vigente, se mantienen una serie de conductas que se sitúan, en algunos casos, fuera del título de las falsedades y que constituyen verdaderas modalidades falsarias, en que su componente esencial es el de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin el propósito de agotar el tema, dada la extensión del motivo, podemos señalar la referencia que se hace en el artículo 261, al regular las insolvencias punibles, a la presentación a sabiendas de datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente una declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Del mismo modo, en el artículo 382, que se incluye dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, se castiga a los que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas, sobre los productos o servicios que ofrecen en sus campañas de publicidad. Por último, haremos referencia al artículo 326 que, al referirse a los delitos contra los recursos naturales o al medio ambiente, establece, como agravante

específica, que permite imponer la pena superior en grado, el falseamiento u ocultación de información, sobre los aspectos ambientales de una instalación o industria. Con ello no agotamos todas las modalidades de falsedad ideológica o mudamiento de la verdad, que se recogen a lo largo del texto del nuevo Código Penal.

10.- No obstante existen dificultades técnicas para admitir, como postula la parte recurrente, la continuidad delictiva, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código, como el vigente artículo 290 del Código Penal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo.

La propia parte recurrente ha reconocido y sostiene, que el balance contable constituye, en sí mismo, una unidad que absorbe las variadas alteraciones documentales que es preciso realizar para presentar la situación aparente de una empresa.

En resumen, los hechos, en su identidad sustancial, estaban penados en el antiguo artículo 303 en relación con el artículo 302.4º y 6º del Código Penal, pues se trata de una alteración originada por no reflejar la veracidad de la situación económica de la Empresa. Ahora bien, como ya hemos dicho, nos encontraríamos ante una manipulación falsaria de carácter unitario que, de conformidad con lo establecido en el artículo 303, nos llevaría a una pena básica de prisión menor y multa, cuya individualización se hará al dictar la segunda sentencia.

Asimismo los hechos, estarían también penados en el artículo 390.1º en relación con el 392 del vigente Código Penal como falsedades de particulares, a los que está señalada una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

11.- En una Junta General de esta Sala celebrada el día 26 de Febrero de 1.999, se abordó el alcance de la Reforma del Código Penal de 1.995 en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares. En este punto ya una Sentencia de 13 de Junio de 1.997, en relación con unas facturas falsas, se dijo que además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un documento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2º del Código Penal. Asimismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1º CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos.

De todo ello se desprende que la conducta que se refleja en el apartado de Artificios Contables, era delito de falsedad en el Código de 1.973 y lo sigue siendo en el actual.

12.- Ahora bien, no podemos olvidar que, en materia de falsedades contables, el código vigente, en el artículo 290, castiga de manera específica y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, contemplando una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, que se impondrán en la mitad superior si se causare un perjuicio económico importante.

De la conjugación de todas estas posibilidades penológicas, se llega a la conclusión de que la disposición más favorable para los acusados, sería la contemplada en los artículos 303 en relación con el 302.4º y 6º del Código Penal de 1.973 que, además era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, por lo que sin perjuicio de las posibilidades que nos proporciona el nuevo Código, debemos atenernos a su contenido.

13.- Ya hemos expuesto la trascendencia y relevancia que para la economía nacional tiene la fiabilidad, veracidad y transparencia del funcionamiento de las sociedades, si bien debemos reconocer que sus repercusiones sobre la vida económica de un país, no son las mismas en una sociedad de pequeño volumen que, en una entidad financiera o industrial de las características o importancia que tiene, la que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Por ello estimamos y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión) pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional.

La necesidad de contemplar las múltiples variantes, está reconocida de manera indirecta, en el artículo 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación, en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable, no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución, pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como “vuelta a la vida” y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al artículo 390.1º del Código Penal en relación con el 392.

De manera expresiva, el propio legislador en el artículo 296.2, elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que evidencia que nos encontramos ante una situación,

con perfiles y trascendencia diferente, que debería ser objeto de una punición más elevada que la que se contempla en el actual artículo 290 del Código Penal.

Por último quisiéramos hacer referencia a que, si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

DECIMO.- El motivo décimo se formaliza al amparo del número 1º del art. 849 de la LECrim., por no aplicación del art. 14 nº 1 del Código Penal de 1.973, vigente al cometerse los hechos, en relación con los arts. 303 y 302.4º de ese Código y subsidiariamente y de ser más favorables al reo el art. 28 párrafo 1º en relación con el artículo 392.1 o alternativamente el 290 del Código Penal de 1.995.

1.- Afirma que de los hechos que declara probados, resalta claramente el dolo con el que actuaron los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Enrique Lasarte en el momento en que aprobaron y firmaron las cuentas anuales de Banesto en el ejercicio de 1.992, así como Mario Conde y Enrique Lasarte al remitir al banco de España, la Asociación Española de la Banca privada y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los balances periódicos preceptivos de 1.993. De la aprobación, firma y emisión de estos documentos, eran responsables, conforme lo dispuesto en el art. 171.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y sin posibilidad de delegación (art. 141.1 de la Ley de sociedades Anónimas), siendo ese el momento de la consumación de la falsedad.

Invoca la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala que viene manteniendo que el delito de falsedad, no es un delito de “propia mano”, de manera que no se exige para ser considerado autor del mismo, que la persona acusada haya realizado materialmente la

alteración documental, sino que es suficiente que contribuya a la producción del delito promoviendo la emisión final del documento falso, mediante el dominio funcional del hecho.

2.- Como ya hemos expuesto, al resolver análoga cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, sobre la autoría y participación en las falsedades contables, del relato de hechos probados, al que debemos ajustarnos en función de la vía casacional elegida que no es otra que la del error de derecho, la determinación de la autoría aparece específicamente fijada en los acusados Mario Conde y Enrique Lasarte.

Remitiéndonos en todo a lo anteriormente, expuesto damos por contestada la cuestión que ahora se nos plantea.

Por lo expuesto el motivo debe ser **parcialmente estimado**.

UNDECIMO.- El motivo undécimo se ampara en el art. 849.1º de la Lecrim, por inaplicación del art. 104, en relación con el 19, ambos del CP de 1.973, vigente al cometerse los hechos.

1.- Pone de relieve que en sus escritos de acusación provisional y definitiva reclamaba, como reparación de los perjuicios causados a consecuencia de los hechos delictivos narrados en el mismo y muy especialmente en su apartado H) al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios “FGD”, en los importes que en el apartado I) del citado escrito se detallaban en su cuantía y modo de originarse, que los acusados, como autores responsables del delito indemnizasen por iguales cuotas y solidariamente en 192.541.352.124 pesetas al citado FGD. De esa suma deberían responder también directamente y en las cuantías que en su escrito se especificaban, los acusados Rafael Pérez Escolar, Fernando Garro Carballo y Jacobo Hachuel Moreno, en cuanto a los perjuicios causados al Banco Español de Crédito, por los delitos en que habían participado o eran autores, cantidades que habían sido asumidas por el FGD restableciendo el equilibrio patrimonial de Banesto, que resultó lesionado por tales perjuicios.

2.- Señala la parte recurrente que la sentencia reconoce que el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, tuvo una pérdida de 192.541.352.124 pesetas, como consecuencia de la no recuperación de los perjuicios causados a Banesto, por la actuación de los acusados. La sentencia no condena a los en ella declarados responsables penales de los delitos objeto de acusación por la parte recurrente, sin que en ningún punto de sus fundamentos jurídicos, se hayan motivado las razones que llevan a la Sala a tal dimisión y denegación implícita del derecho a la indemnización reclamada.

Advierte que nos encontramos ante una incongruencia omisiva, que legitimaría a la parte para interesar su casación formal al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero la buena fe procesal aconseja, no provocar una anulación de la sentencia que sólo conduciría a nuevos retrasos en la producción de una resolución definitiva.

Invoca en apoyo de su postura el RD Ley 4/1.980 de 28 de Marzo que en su artículo 12 dispone: que el Fondo “tendrá como objeto garantizar los depósitos en establecimientos bancarios en la forma y cuantía que el gobierno establezca, así como realizar cuantas actuaciones estime necesarias para reforzar la solvencia y funcionamiento de los bancos, en defensa de los intereses de los depositarios y del propio Fondo”.

Recuerda que el Fondo escogió la vía de sanear el Banco, subrogándose en los perjuicios causados a Banesto, al mismo tiempo que se reponía la verdad de la contabilidad, que había sido alterada por los artificios y ocultaciones contables que narra la sentencia.

En su función de saneamiento, consiguió evitar la quiebra del Banco y estableció la veracidad de los resultados contables de la entidad que pasaron así a reflejar la imagen fiel de Banesto.

Sostiene que, no sólo asumió los perjuicios sufridos por los artificios contables, sino también el perjuicio derivado de los delitos singulares que han sido también objeto de

acusación y produjeron la condena, declarada en la sentencia, perjuicio cuya indemnización reconoce el fallo de la sentencia a favor de Banesto y no a favor del Fondo de Garantía que repuso al Banco de tales perjuicios.

Estos datos están plenamente acreditados, en su opinión y el propio Tribunal de Cuentas en el “Informe de Fiscalización del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios” publicado en la Resolución de 13 de Abril de 1.999, que fue aportada y que no se recoge en la sentencia, confirma las pérdidas asumidas por la parte recurrente.

Sostiene su condición de tercero agraviado y cita dos sentencias de esta Sala de 5 de Febrero y 10 de Febrero de 1.965 en las que se declara que el derecho a ser indemnizado un Banco, que reintegra a la cuenta del cliente las cantidades que habían sido cargadas a causa de una operación defraudadora.

Por último afirma que, en caso de no reconocerse su condición de tercero perjudicado se originaría un enriquecimiento injusto para Banesto.

3.- La cuestión relativa a la indemnización viene condicionada por la propia postura de la parte recurrente, que vincula sustancialmente su petición a la existencia de delito falsario en lo que denomina los artificios contables, si bien lo extiende a los delitos singulares que han sido objeto de acusación y condena.

Sin perjuicio de las peculiaridades que se han reseñado sobre la naturaleza jurídica de la institución del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, lo cierto es que desde una perspectiva puramente penal y material y manteniendo la exigencia de que debe existir una relación de causalidad entre el hecho punible y el perjuicio ocasionado, lo verdaderamente determinante para atender las pretensiones de la parte recurrente sería establecer una conexión clara, precisa y nítida entre las operaciones que se reseñan en el apartado de los artificios contables y la situación económica, que determina la

intervención de la entidad bancaria por el Banco de España, así como su repercusión por vía penal sobre la entidad recurrente.

La lectura de la sentencia, que no se debe olvidar que es el objeto exclusivo de este recurso, pone de relieve que la situación económica de la entidad bancaria, viene originada, no exclusivamente por los denominados artificios contables, sino por la serie de operaciones que se recogen en otros apartados y que constituyen delitos de apropiación indebida o de estafa.

4.- La condición de tercero perjudicado no puede predicarse extensivamente, a cualquier persona o entidad, que de manera más o menos indirecta, haya sido afectada por el hecho delictivo.

Como ha señalado la doctrina de esta Sala, entre otras la sentencia de 13 de Febrero de 1.991, terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo, y no los titulares de la acción de repetición, ni los que están enlazados con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible, y que, en realidad, no devienen de él sino de la sentencia condenatoria.

En el caso presente estimamos que la posición del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, pudiera ser equiparada, con todos los matices diferenciales necesarios, a una compañía aseguradora, que no tiene la condición de tercero perjudicado, pero que sí ostenta la facultad de repetir para recuperar, si lo estima oportuno, aquellas cantidades que ha tenido que desembolsar como consecuencia de la crisis de la entidad financiera Banesto, en la que indudablemente han influido los hechos delictivos que han sido objeto de persecución en la presente causa, en confluencia con otras circunstancias cuya naturaleza delictiva no está determinada, y que aparecen reflejadas en el apartado que se conoce como Artificios Contables.

La misma parte recurrente, reconoce que su personación en las presentes actuaciones, se hizo a instancia de la Comisión de Investigación creada en el Congreso de

los Diputados. Si ponemos en relación este dato con la naturaleza jurídica del Fondo, podemos afirmar que no puede ser indemnizado como tercero perjudicado, sino que debe buscar las posibles compensaciones fuera del marco del proceso penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DUODECIMO.- El motivo duodécimo se formaliza al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción por su falta de aplicación del art. 76 de la Ley 50/1.980 de 8 de octubre de contrato de seguro, en relación con el art. 104 del CP de 1.973.

1.- Señala que el art. 76 de la Ley 50/80 del contrato de seguros, en los contratos de seguro de responsabilidad civil, concede al perjudicado acción directa contra el asegurador, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño o perjuicio causado por el asegurado, acción que cubre las indemnizaciones por la conducta dolosa de dicho asegurado, sin perjuicio del derecho del asegurador de repetir contra aquél. Esa acción directa es, por imperativo del propio art. 76 citado, inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. Tampoco pueden afectar a un tercero, ajeno al contrato de seguro, las condiciones limitativas pactadas entre las partes y que vengán a privarle de un derecho que le ha sido concedido por la ley o a limitar el contenido o ejercicio, pues los contratos, por imperativo del art. 1.275 del Civil sólo producen efectos entre las partes y no pueden establecer cláusulas que perjudiquen los derechos de terceros, en especial las que contengan la exclusión voluntaria de la ley aplicable (art. 6.2 del C Civil). Por ello la naturaleza dada a un contrato de responsabilidad civil de “pólizas de grandes riesgos” por el acuerdo de las partes y que las autoriza a separarse en sus relaciones de lo establecido imperativamente en la ley, no permite considerar suprimidos los derechos de los terceros perjudicados, ajenos al contrato, derechos que tengan su fuente en una ley, que de forma expresa los reconozca, como ocurre con el citado artículo 76.

Estima por ello que los fundamentos de la exclusión de la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora AGF-La Unión y el Fénix, vulnera los preceptos citados y debe casarse la sentencia declarando, su responsabilidad directa en virtud de la acción

ejercitada contra ella por esta parte, dentro de los límites del importe del capital asegurado, conforme a la petición de nuestro escrito de acusación.

2.- Exige la responsabilidad directa de la Unión y el Fénix por las consecuencias derivadas de los artificios contables. La sentencia recurrida pone de relieve al contestar a esta pretensión, que las acusaciones han establecido, de forma imprecisa, en cuanto a su alcance, la responsabilidad civil de la compañía AGF Unión y el Fénix S.A. En unos casos se pide la cobertura de la responsabilidad civil solamente para alguno de los hechos imputados y en otros, como en la acusación del Fondo de Garantía de Depósitos, se hace extensiva esa responsabilidad a todos los delitos que han sido objeto de enjuiciamiento.

La póliza suscrita por la Unión y el Fénix, obra como se dice en la sentencia a los folios 16.428 y ss del Tomo 52 de la Pieza principal y en ella se incorpora un contrato de seguro de los denominados de “grandes riesgos”, cubriendo la responsabilidad de los Consejeros o altos cargos asimilados y concretamente la de Mario Conde, Arturo Romaní, Rafael Pérez Escolar, Enrique Lasarte, Fernando Garro, Ramiro Núñez y Juan Belloso.

Conviene, antes de entrar en otras valoraciones, recordar el contenido de dicha Póliza ya que, aparte de su consideración como de “Gran riesgo” (folio 16.431) y la delimitación temporal de la cobertura, en base a la cláusula “Claims made basis”; en el apartado 2º relativo a las definiciones, se excluye de manera expresa a la Corporación Industrial y Financiera Banesto y la Unión y el Fénix Español S.A, y a sus respectivas sociedades filiales, señalando que la presente póliza cubre solamente a aquellas personas jurídicas que formen parte de la definición de “la compañía”, es decir, Banco Español de Crédito S.A, Fundación Cultural Banesto y la Asociación Deportiva Banesto. Se considera como siniestro, todo acto erróneo del que pueda resultar legalmente responsable el asegurado y que se derive necesariamente del riesgo concreto objeto del seguro, excluyéndose expresamente del seguro las reclamaciones surgidas como consecuencia de actos delictivos que sean fraudulentos o dolosos por parte del asegurado.

Por otro lado, la cobertura de la póliza, según se desprende del apartado 8, se encuentra delimitada temporalmente, comprendiendo “hechos o actuaciones realizados antes o durante la vigencia de la póliza, siempre que el asegurado no tuviera conocimiento, con anterioridad al 11 de Febrero de 1.991, de cualquier incidencia o circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación”. En virtud de esta cláusula, la sentencia declara excluidos los hechos relativos a la Operación Cementeras, la de Carbuos Metálicos y la Operación Locales Comerciales por haber sido realizadas en un momento anterior al periodo de cobertura. Se basa para ello en el principio de libertad de pacto, previsto en el artículo 1255 del Código Civil.

La sentencia señala que, sólo los hechos relativos al Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, tuvieron lugar dentro del período de cobertura de la póliza, pero en estos casos sostiene que, según las cláusulas, el asegurador excluye de su cobertura las reclamaciones causadas por el hecho de que el asegurado haya obtenido un beneficio o remuneración al cual no tenía derecho, aprovechándose de su cargo, aunque no haya incurrido en ninguna acción delictiva o surgida de actos delictivos que sean fraudulentos o dolosos por parte del asegurado.

Por último proclama que, tratándose de un contrato de grandes riesgos, el artículo 44 de la Ley 50/88, tras la modificación operada por Ley 21/1990 de 19 de Diciembre, posteriormente modificada por la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, declara no imperativas las disposiciones de la ley del contrato de seguro, remitiéndose a la voluntad contractual de las partes, dada la circunstancia de que el perjudicado es Banesto que fue el tomador del seguro, por lo que las excepciones oponibles fueron expresamente pactadas con su intervención. Por otro lado señala que no consta que se notificase al asegurador, la reclamación dentro del período de vigencia de la póliza, por lo que éste puede oponer las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura aceptadas especialmente por Banesto.

3.- Como hemos visto las referencias que la sentencia hace a la responsabilidad de la compañía aseguradora AGF La Unión y el Fénix, se contienen en el contexto de la póliza suscrita entre la entidad Banesto y la Compañía Aseguradora.

Consideramos que no es aplicable al caso, la reciente jurisprudencia de esta Sala, que pudiéramos concentrar en la Sentencia de 8 de Abril de 2002, sobre la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, por los daños causados dolosamente con un vehículo robado, sean extensibles a otros casos de responsabilidad criminal dolosa. En apoyo de esta tesis podemos aportar el Acuerdo de la Junta General celebrada el 14 de diciembre de 1.994 y otro posterior de 6 de Marzo de 1.997, en el que se pone de relieve que si bien el dolo del asegurado no debe exonerar de responsabilidad directa al asegurador, esto se limita a los supuestos de hechos referentes a hechos relacionados con el ramo del automóvil y ocasionados con motivo de la circulación.

Cualquiera que sean las consideraciones que podamos hacer en torno a la naturaleza específica de esta póliza denominada de alto riesgo y al contenido del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguros, lo cierto es que no puede incluirse válidamente en la cobertura de la responsabilidad civil la ocasionada por hechos delictivos fraudulentos o dolosos, aunque hayan sido aceptadas por el asegurador, ya que es un principio general no discutido el de la no asegurabilidad del dolo criminal, pues sería contrario a la moralidad y la ética, que la gente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le puedan derivar de sus propios comportamientos delictivos.

En todo caso, como señala el Ministerio Fiscal, el seguro cuya vigencia regía en los llamados artificios contables, entre Banesto como tomador del seguro y la entidad AGF La Unión y el Fénix, es un seguro de responsabilidad civil no creado por obligación legal, como sucede en el seguro obligatorio del automóvil, sino por voluntad de los contratantes y para asumir grandes riesgos. Siguiendo con los argumentos del Ministerio Fiscal, el hecho concreto de los artificios contables no está cubierto por el seguro establecido, excluyendo a la compañía aseguradora de la obligación de pago en base a la carencia objetiva de cobertura, lo que equivale a lo que algunos llaman “inexistencia del seguro”. No solo

estamos ante una delimitación de derechos, como indica la sentencia de esta Sala 14 de Noviembre de 1.998, sino que al mismo tiempo estamos ante una limitación de derechos y que, consecuentemente, debe regir respecto de las mismas el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Por último y volviendo al principio, no podemos olvidar que en el motivo que estamos examinando nos encontramos ante una petición, de una entidad o institución pública, que tiene como misión acudir en auxilio de las entidades bancarias que se encuentran en una difícil situación económica, con independencia de cual haya sido el origen de la misma, por lo que no puede ser equiparada a una víctima o perjudicado por un hecho delictivo doloso, sin perjuicio de su posible acción de repetición por los desembolsos efectuados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

B) RECURSO DE FRANCISCO CARDIN GONZALEZ, MARIA JOSEFA CARDIN GONZALEZ, MARIA COVADONGA MATA CARDIN Y AMALIA CUBILLO DE CARLOS. Acusaciones Particulares, accionistas de Banesto. Tomo III. Folios 1.174 a 1.208.

CUARTO Y QUINTO.- Examinaremos en primer lugar por razones legales y sistemáticas los mencionados motivos que se plantean por la vía del artículo 851 apartados 1º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- A pesar de la elección de la vía del quebrantamiento de forma, denuncia la no aplicación del artículo 450 del anterior Código Penal y 284 del vigente, tal como se postulaba en el escrito de conclusiones definitivas.

Centrándose en las exigencias casacionales de los motivos por quebrantamiento de forma, sostiene que existe falta de claridad en los hechos que declarados probados, contradicción entre los mismos, así como predeterminación del fallo, a la hora de examinar el delito de falsedad y no integrarla dentro del delito de maquinaciones y estafa.

Entienden además que no hubo pronunciamiento, respecto de los delitos de maquinaciones y estafa, por lo que la impugnación de la sentencia se extiende a la vulneración de la tutela judicial efectiva.

2.- El planteamiento de ambos motivos resulta técnicamente inadecuado y argumentalmente incongruente. Si tomamos como punto de referencia, la alegación de defectos formales en la redacción del hecho probado, debemos recordar, una vez más, que la falta de claridad debe justificarse, especificando de forma precisa cuáles son los pasajes concretos y seleccionados que incurren en oscuridad, insuficiencia o ambigüedad. No se puede proponer, la alegación en bloque de la inconcreción de un relato de hechos tan extenso, como el que constituye la base fáctica de la sentencia que ha sido recurrida. La discrepancia con lo afirmado en el apartado fáctico de la sentencia, no es base suficiente para proceder a su modificación.

3.- También se alega la existencia de contradicción entre los hechos probados, sin precisar, de manera clara y concreta cuáles son los aspectos del amplísimo relato de hechos probados, que resultan incompatibles, entre sí, con el consiguiente efecto sobre la coherencia interna del relato. No podemos dar una contestación congruente a la pretensión impugnatoria, porque no nos proporciona las claves necesarias para que podamos establecer términos comparativos, que nos permitan analizar si existe la contradicción apuntada y, por tanto, se debe proceder a la anulación de las expresiones incompatibles con el consiguiente efecto sobre la calificación jurídica de los hechos. No se dan ninguno de los presupuestos que la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo para que se proceda a la anulación de la sentencia.

4.- En esta misma línea, los recurrentes alegan, en el mismo motivo, que se han utilizado conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo. El planteamiento resulta nuevamente incorrecto, porque no se nos dice cual es la expresión o expresiones concretas en las que radica el vicio formal denunciado.

Parece que todo su esfuerzo impugnativo, se centra en torno al apartado fáctico en el que se relatan las maniobras que han sido denominadas como “artificios contables”.

Las discrepancias se extienden en torno a la calificación jurídica de los hechos y su inclusión o no dentro de determinadas figuras delictivas. La forma correcta de enfrentarse a esta cuestión es la vía del error de derecho, tal como se hace en el motivo primero de este recurso.

5.- Por último acuden a la invocación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, anudándola a la fórmula tradicional de la incongruencia omisiva. Es evidente que la mayor parte de los defectos formales, que tradicionalmente tenían la vía del quebrantamiento de forma, tienen su proyección en principios y garantías constitucionales.

La tutela judicial efectiva, exige que las resoluciones judiciales deben responder a las cuestiones que constituyen el objeto del proceso y del debate interno, que conlleva necesariamente una contienda sometida a la decisión de los órganos jurisdiccionales.

Para satisfacer esta exigencia constitucional no es necesario, cómo se ha dicho por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, que se agoten minuciosamente toda y cada una de las cuestiones jurídicas suscitadas, siendo suficiente con una respuesta congruente, que satisfaga las pretensiones de la parte que las formula.

La sentencia dedica un apartado al tema de la existencia de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, por lo que no puede sostenerse la postura mantenida por los recurrentes.

Por otro lado la resolución judicial, se posiciona sobre los artificios contables, afirmando que se trata de conductas atípicas por lo que de manera clara descarta implícitamente que puedan ser consideradas, como constitutivas de un delito de estafa o de maquinación para alterar el precio de las cosas.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser **desestimados**.

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber infringido el art. 540 del Código Penal de 1.973 o 284 del Código Penal vigente.

1.- Sostiene que alguno de los hechos constituyen un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el que el bien jurídico infringido es el intentar alterar los precios que habrían de resultar de la Ley de concurrencia de los títulos y acciones objeto de contratación. Para este delito es necesario que se realicen otras operaciones, como difundir noticias falsas, empleando la violencia, amenaza o engaño, posiblemente con falsedad para tal engaño, conduciendo a error, por lo que se desprende que es un delito complejo o amplio, compuesto de otros delitos como medios o instrumentos para producir la alteración y por tanto, tiene que servir como criterio para seleccionar los hechos constituyentes del tipo, aunque se penen los distintos delitos (otros tipos) componentes por separado. Estima que los hechos son subsumibles en los artículos citados y debió elegirse dichos artículos, por aplicación del art. 8.3 del Código actual, en el que se indican que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones cometidas en aquél.

Por último señala que, la sentencia condenatoria excluye el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y el de estafa, condenando en parte por otros delitos que no han sido objeto de acusación por la parte recurrente.

El motivo se refiere fundamentalmente a los casos Dorna y Oasis y Artificios Contables.

2.- Los recurrentes pretenden que, alguno de los hechos que se declaran probados y a los que se ha hecho mención en el apartado anterior, son constitutivos de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, previsto en el artículo 540 del Código Penal de 1.973 o en el artículo 284 del Código Penal vigente.

El Código derogado incluía las diversas modalidades de maquinaciones para alterar el precio de las cosas en el Título XIII dentro de la rúbrica general de delitos contra la propiedad. El vigente Código, incluye también esta modalidad delictiva en el Título XIII pero con la extensión de la protección jurídica al patrimonio y al orden socioeconómico, encuadrando el artículo 284 en la sección correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

En la redacción de ambos tipos se observan algunas modificaciones o adiciones. Se mantiene, como denominador común de la actuación delictiva, la difusión de noticias falsas y el empleo de violencia, amenaza o engaño, pero mientras el Código derogado añadía una cláusula analógica de cierre, excesivamente genérica: “usando de cualquier otra maquinación”, el Código vigente, con acertado criterio, la elimina e introduce como forma comisiva, la utilización de información privilegiada.

3.- Ahora bien, el problema doctrinal subyacente es el de la determinación del bien jurídico protegido. Así por algún sector se habla de la protección del “patrimonio personal de los ciudadanos”. También se sitúa la protección sobre los precios que resultarían en un sistema económico de libertad de mercado y de libre competencia.

No faltan referencias a la libertad de contratación y al libre juego de los tráficos económicos.

Posiciones mixtas conjugan la protección del propio patrimonio con valores de más compleja caracterización y de cierta naturaleza comunitaria.

Desde una perspectiva economicista, se habla de la protección de la libre competencia y de la garantía de una concreta política de precios.

La escasísima jurisprudencia sobre esta materia en relación con el anterior Código, hacía una referencia significativa a la distinción entre los precios naturales de los precios artificiales fijados por la Administración. (STS 11 de Noviembre de 1.983).

Actualmente el delito tiene un perfil más amplio y se centra en torno a la protección del mercado y los consumidores como bienes relevantes, que tienen incluso un reflejo constitucional en los artículos 38 y 51. Así se destaca en la Sentencia de esta Sala de 26 de Abril de 1.997.

4.- Las actividades que se describen en relación con los denominados artificios contables o con las operaciones relacionadas con Dorna y Oasis no encajan en las previsiones del tipo de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, ni en su anterior versión ni en la presente.

El tipo objetivo, exige la puesta en marcha de una serie de medios que son en sí mismos delictivos. La violencia o amenaza, tienen una entidad propia, que de ninguna manera aparecen configurados en los hechos que se consideran probados. Pudieran ser detectados la concurrencia de información falsa y el uso de información privilegiada, pero resulta evidente que no se encuentra el dolo directo y específico de forzar al alza o a la baja los precios, ya que la finalidad perseguida por los que aparecen como autores de los hechos por los que han sido acusados, ha sido la de enriquecerse personalmente, por lo que falta uno de los elementos esenciales del tipo.

No se observa la existencia de maniobras especulativas, dirigidas directamente a alterar el precio de las acciones, en consecuencia no cabe hablar de formas de concurso ya que, como se ha dicho, lo únicamente detectado es la existencia de delitos patrimoniales en sus modalidades de apropiación indebida o estafa y también pudiera hablarse, como ya ha quedado expuesto, de falsedades documentales en cuentas y balances.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

Siguiendo con la ordenación sistemática del recurso examinaremos a continuación el motivo segundo en el que, por la vía del error de hecho del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que el juzgador se ha equivocado en la apreciación de la prueba.

1.- El motivo se refiere a la ampliación de capital de 1.993 y a los préstamos a empleados y clientes. Cita como documentos, el folleto informativo para la ampliación del capital aprobada el 22 de Mayo de 1.993.

Asimismo señala:

a) El informe o memoria del Banco de Santander a la Comisión del Mercado de Valores con ocasión de la oferta pública de venta de acciones de Banesto, en la medida que se recoge la existencia de préstamos concedidos por Banesto a empleados influyentes, para la adquisición de acciones del propio Banesto.

b) El informe anual del año 1.992 del Banco Español de Crédito.

c) El informe anual del año 1.993 del Banco Español de Crédito y que consta en los Tomos 102 y 108 de la documental.

d) La sentencia dictada en el mes de noviembre de 1.996, por el Tribunal Federal de 1ª Instancia de Estados Unidos, distrito Sur de Nueva York en el asunto Carlisle Ventures Inc, contra Banco Español de Crédito de Nueva York, aportada con fecha 1 de Diciembre en el juicio y que obra en el expediente.

e) Informe de la visita de Inspección realizada sobre estados financieros en fecha 30 de Junio de 1.993, acompañada al acta de intervención del Banco de España, páginas 37 a 41 relativas a Política Accionarial y Control de Cartera, folios 156 a 160 del Tomo II de la

Querrela del Fiscal, especialmente los cuadros 13 y 14 sobre manipulación de las propias acciones de Banesto por la propia entidad.

f) Pólizas de crédito personal suscritas por clientes de la entidad, en cuanto fueron suscritas para la adquisición de acciones por el propio Banco.

g) El anexo I del informe facilitado a los principales accionistas y clientes del Banco, incorporado al peritaje emitido por D. Enrique Roldua en el acto del juicio oral, así como el informe presentado por Patrick Maunder en relación con el patrimonio neto positivo.

2.- Como puede observarse por la lectura de los antecedentes fácticos de la sentencia recurrida, muchos de los documentos citados por los recurrentes han sido incorporados al relato de hechos probados, por lo que la discrepancia, parece radicar más en la calificación jurídica de los hechos que en la redacción de los mismos.

Ya se ha dicho que, para que pueda prosperar la pretensión ahora esgrimida, es necesario que los documentos se refieran a aspectos sustanciales de la narración histórica, cuya alteración afecte a la calificación jurídica de los hechos que constituyen la base de la imputación.

Los propios recurrentes, al establecer un apartado previo que denomina como antecedentes de hecho, en los que se incluye el relato de hechos probados, muestra su conformidad con alguno de los apartados que constituyen el relato fáctico de la sentencia, añadiendo algunos comentarios, que, para nada afectan a la veracidad de lo relatado. Así están de acuerdo con lo que se dice sobre la operación de retirada de caja de trescientos millones, Operación Cementeras, Operación Centro Comercial Concha Espina y Artificios Contables.

Al desarrollar el motivo acudiendo a documentos concretos y numerados, mantienen, en lo sustancial, los apartados del relato fáctico, volviendo a insistir que la

calificación jurídica adecuada, es la de maquinación para alterar el precio de las cosas o el delito de estafa.

3.- Los documentos uno, tres y cuatro, no sólo no acreditan error fáctico alguno sino que reflejan datos que han sido tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora. El documento nº 3 se refiere a préstamos a empleados y clientes de Banesto para la adquisición de acciones del propio Banesto afirmándose que dichos préstamos han sido concedidos con engaño e incluso a algunos empleados con intimidación, aspecto que en absoluto debe considerarse como probado.

En relación con el documento nº 5 que recoge la sentencia dictada por un Tribunal de los Estados Unidos, aún considerando su veracidad, para nada afecta al contenido sustancial de los apartados fácticos que se citan por los recurrentes.

Los documentos relativos a la inspección realizada por el Banco de España, también han sido recogidos por la sentencia y no se observan errores evidentes e insalvables. Las valoraciones efectuadas por los recurrentes reflejan una postura y un análisis técnico que no puede afectar a los hechos probados.

En consecuencia, los documentos invocados no constituyen una base sólida e incontrovertible para variar la redacción del relato fáctico. Su incidencia no es sustancial para abordar la calificación jurídica de los hechos y así lo reconocen, de forma expresa, los propios recurrentes que, partiendo del respeto íntegro de los hechos mantienen que, sobre esa base fáctica, la verdadera calificación debió ser la de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y estafa.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración de derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Constitución.

1.- A través de este motivo se pretende impugnar la no resolución de la inclusión del Banco Español de Crédito como responsable civil subsidiario, y la no inclusión en el fallo de la sentencia de la condena o absolución por los delitos de maquinaciones del art. 540 del anterior Código Penal (284 del vigente) y del delito de estafa del art. 528 (248 del vigente), que han sido objeto de pretensión punitiva al haberse solicitado en el escrito de conclusiones definitivas que, el Banco Español de Crédito fuese considerado como responsable civil subsidiario, pero la Sala ignoró esta petición.

Finalmente reconoce que la sentencia, en cierto modo, sí abarca lo relativo al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y al delito de estafa, pero que no se pronuncian sobre la responsabilidad subsidiaria de Banesto.

2.- La parte recurrente presenta una amalgama de cuestiones casacionales incorrectamente acumuladas. Denuncia, al mismo tiempo, la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, una posible incongruencia omisiva, la vulneración de los artículos 247 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la redacción de las sentencias, incluyendo además una posible vulneración del principio de legalidad, art. 9 de la Constitución y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1.950.

Tal forma de proceder hubiera merecido la inadmisión a trámite del motivo, pero no obstante y habiendo superado dicha fase procesal, entraremos en la cuestión sustancial, que no es otra que la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Español de Crédito.

3.- La posición de las partes en el proceso, tiene que estar delimitada con anterioridad al comienzo de las sesiones del juicio oral y sólo excepcionalmente puede ser alterada, en función de que surjan revelaciones o retractaciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales en los juicios.

En los casos en que se sigue por el Procedimiento Abreviado, el artículo 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impone al Juez de Instrucción resolver sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas por el Ministerio fiscal o por la acusación particular, tanto en relación con el acusado, como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza en los términos del artículo 615 de dicha Ley.

El sistema que establece nuestro modelo procesal, es el de exigir una expresa declaración de responsabilidad civil de terceras personas, en la fase de instrucción, como pone de relieve los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de reproducir la pretensión en el juicio oral. El artículo 793.2 de la Ley Procesal Penal contempla un turno de intervenciones previas, en las que las partes pueden exponer diversas cuestiones, como las relativas a la competencia del órgano judicial, la vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Sólo por la vía de la tutela judicial efectiva y por supuesto con la suspensión del juicio se podría abrir, excepcionalmente, un incidente sobre adjudicación a alguien la condición de responsable civil subsidiario.

La actuación procesal de la parte recurrente, hace inviable su pretensión, pues no puede olvidarse que en la fase de instrucción ya había formulado una petición respecto a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de Banesto. Tal petición fue desestimada, sin que se realizase actividad procesal alguna para tratar de corregirla.

Llegado el momento de las cuestiones previas ni era el momento adecuado para reproducir la cuestión, por no estar prevista en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni consta en el auto dictado por la Sala sentenciadora de 9 de Marzo de 1.998 que se hubiera planteado alguna petición en este sentido. La propia coherencia con sus actos procesales y la imposibilidad de causar indefensión a alguna de la partes intervinientes, hace imposible atender a la petición formulada, sin perjuicio de las razones que se contienen en el apartado siguiente.

4.- Al no haberse estimado el motivo de fondo sobre la existencia del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la única alternativa que nos queda por examinar es si, a la vista de los hechos probados, el Banco Español de Crédito ostenta la condición de responsable civil subsidiario de los delitos por los que se ha formulado condena, es decir, apropiaciones indebidas y estafas, en relación con diversos acusados.

Los delitos se han cometido contra los intereses económicos y financieros del Banco Español de Crédito, prevaleciendo los acusados de su posición dominante en los órganos de dirección, ocultando las actuaciones al Consejo de Dirección y colocando a la entidad en una situación de crisis, que pudiera ser calificada de quiebra técnica y que obligó a la intervención del Consejo Ejecutivo del Banco de España que acordó la sustitución de todos los miembros del Consejo de Administración y el nombramiento de un equipo gestor provisional. Todo ello obligó también, a una operación de saneamiento del Banco, con objeto de no afectar seriamente al sistema financiero y con la finalidad de salvaguardar, en lo posible, los intereses de los accionistas.

En consecuencia no hubo culpa in vigilando o in eligendo que pudiera ser imputada a los órganos gestores del banco ya que éstos estaban integrados en la misma trama delictiva que lesiona los intereses de la entidad financiera.

Se admitió, en su momento la personación del Banco Español de Crédito como perjudicado y así se le han reconocido sus derechos a ser indemnizado en la parte dispositiva de la sentencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

C) RECURSO DE EDUARDO PEREZ RUBIO, CONCEPCION INSA FUSTER Y MANUEL RABADAN. Accionistas de Banesto. Acusación Particular. Tomo III. Folios 1.227 a 1.246.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 540 del Código Penal de 1.973 o 284 del Código Penal vigente.

1.- Considera que los hechos declarados probados son subsumibles en el art. 540 actual 284 del Código Penal y que debió elegirse precisamente dicho artículo por ordenarlo así el artículo 8.3 del Código Penal actual, en el que se indica que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las actuaciones cometidas en aquél.

El motivo plantea las mismas cuestiones que las del Recurso de Francisco Cardín González, Tomo III. Folio 1.174 a 1.208.

2.- Damos por reproducido lo contestado al motivo análogo de los anteriores.

Aquí se añade que en el caso Dorna, Banesto hace una inversión en dicha empresa adquiriendo participaciones a sus propietarios. La mitad de esta inversión se realiza pagando a los accionistas de Dorna con acciones de Banesto, procediendo de una disimulada autocartera de 5.400 millones de pesetas. Este dato para nada afecta a la existencia del posible delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, cuya aplicación propugnan los recurrentes.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la LECrim., por estimar que los hechos declarados probados en la sentencia son equivocados.

1.- El motivo es idéntico al formalizado por los recurrentes anteriormente mencionados.

Hace una referencia al Documento 1º Folleto informativo para la ampliación de capital aprobado el 22 de Mayo de 1.993 aportado como documento nº 1 por la parte y solicitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que consta en autos al Tomo

XXV folio 7241, en cuanto se pone de relieve una ampliación de capital y en los balances se indican un patrimonio positivo de capital más primas de emisión y reservas.

Se valora la acción contable de Banesto en la cantidad de 2460 pesetas. En el Balance de 31 de diciembre de 1.993 el valor de la acción es negativo. Tan sólo han transcurrido seis meses desde la publicación del folleto.

2.- El motivo es análogo al que plantearon en su momento las acusaciones particulares encabezadas por Francisco Cardín González, por lo que la respuesta debe ser semejante ya que los únicos documentos que se añaden en relación con los anteriormente citados, no entran en contradicción insalvable con el relato de hechos probados, que se refiere fundamentalmente a todo lo que se relata en el apartado que se conoce bajo la denominación de Artificios Contables. Todo lo relativo a desajustes contables, aparece sustancialmente recogido en el relato de hechos y su calificación ya ha sido realizada al contestar a los motivos planteados por el Ministerio Fiscal y el Fondo Nacional de Garantías de Depósitos Bancarios, lo que nos exime de hacer ahora nuevas consideraciones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., y art. 24 de la Constitución Española, por vulneración de derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la Constitución.

1.- El motivo es idéntico al formalizado por los recurrentes mencionados.

2.- Plantea la no resolución de la petición de inclusión del Banco Español de Crédito como responsable civil subsidiario y la no condena por maquinaciones para alterar el precio de las cosas y estafa.

Al repetir cuestiones ya contestadas, nos remitimos a lo expuesto con anterioridad para contestar a estas cuestiones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- El motivo es idéntico al de los recurrentes anteriormente mencionados.

2.- Nos remitimos a lo contestado con anterioridad sobre este tema.

Los recurrentes afirman en el inicio de su escrito que formulan cinco motivos, pero en realidad sólo se formalizan cuatro.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

D) RECURSO DE MARIA VICTORIA DE LA MUELA MIALDEA Y PATRICK HENRRY MAUNDER. Accionistas Acusación Particular. Tomo III. Folios 1.260 a 1.300.

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por estimar que la sentencia recurrida infringe por falta de aplicación el artículo 24.1 de la Constitución Española, causando una evidente indefensión a esta parte.

1.- Señala que solicitó durante la instrucción de la causa la responsabilidad civil del propio Banco Español de Crédito S.A (Banesto), solicitud reiterada en el trámite del art. 793.2 de la LECrim., y no resuelta ni siquiera en la sentencia, habiéndose producido, de este modo, una actuación arbitraria tanto en la instrucción como en la resolución de las cuestiones previas en el juicio oral y en la propia sentencia, todo lo cual es causa de indefensión para la parte recurrente.

2.- La cuestión es idéntica a la suscitada por la Acusación Particular que encabeza Francisco Cardín en su motivo tercero por lo que damos por reproducida la contestación allí formulada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma amparado en el art. 850.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber omitido la citación de Banesto como Responsable Civil Subsidiaria para su comparecencia en el acto del juicio oral.

1.- El motivo es una reproducción por otra vía de la cuestión anteriormente planteada.

2.- Nos remitimos a todo lo expuesto con anterioridad para dar por contestado este motivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 540 del anterior Código Penal y art. 284 del nuevo Código Penal, en relación con los artículos 15 bis del anterior Código Penal y 31 del nuevo Código Penal.

1.- El motivo reproduce una cuestión anteriormente planteada, en torno a la inaplicación del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y considera que todos, sus elementos constitutivos, aparecen reflejados en la declaración de hechos probados.

2.- Como en motivos anteriores de análogo contenido, la impugnación se centra en invocar que, los llamados artificios contables, constituyen un delito de maquinaciones

para alterar el precio de las cosas, por lo que considera irracionales los juicios de valor efectuados por el órgano juzgador.

Sin perjuicio de la contestación dada a la pretensión del Ministerio Fiscal y del Fondo Nacional de Garantía de Depósitos Bancarios sobre naturaleza jurídica de los hechos que se recogen en el apartado IX bajo la rúbrica de Artificios Contables, debemos insistir en que no existe base fáctica ninguna ni elementos documentales probatorios, que pongan de relieve la existencia de maniobras específicamente especulativas y destinadas a alterar el precio de las cosas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Cita como documentos los que han sido invocados por los otros accionistas recurrentes.

De manera más concreta alude al que contiene la “presentación a Patrick Mander facilitado al actor el 15-1-93, incluido en el peritaje de Enrique Roldua, anexo I, que según su tesis destaca el incremento de los beneficios de la entidad, así como el importante volumen de los recursos propio de Banesto que se estima un 16% superior al exigido por el Banco Internacional de Pagos de Basilea, tal y como se recoge en la página 50 de la memoria o informe anual de 1.992.

2.- Desde la perspectiva de la existencia ya declarada de falsedades contables, los documentos invocados no añaden ningún dato relevante que puede influir en la calificación jurídica de los hechos ya que el informe pericial citado no puede tomarse como base para la construcción de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que existe error de hecho derivado de documentos que obran en las actuaciones.

1.- Señalan que existen documentos que acreditan que los acusados intervinieron en la desfiguración de la situación económica de Banesto y centra la acusación en Mario Conde y Arturo Romaní, el primero como Presidente de Banesto y Banesto Corporación y el segundo Consejero Ejecutivo para el área Industrial y de Empresas participadas, Consejero Delegado de la Corporación y posterior Presidente de la misma.

Citan la Carta del Presidente, Tomo 102 y 108 documental pág 7 a 10, en la que se destaca la existencia de un importante nivel de beneficios en el banco, del que dice estar perfectamente preparado para afrontar el futuro, aprovechando la ocasión para resaltar la ampliación de capital que iba a tener lugar por importe de 130.000.000.000 de pesetas. Dichos documentos están incluidos en el informe anual del año 1.992.

Posteriormente se remite a la resolución de fecha 28 de Diciembre de 1.993 del Consejo Ejecutivo del Banco de España, por medio de la cual se procedió a la sustitución del Consejo de Administración de Banesto y en la que se hace referencia a un agujero patrimonial de 503.000.000.000 de pesetas, lo que acredita que la situación del banco era conocida por los Administradores del mismo y que por lo tanto fue imputada dolosamente a los inversionistas.

Finalmente acude a manifestaciones de testigos que comparecieron en el acto del juicio oral y cuyo contenido, como es evidente no constituye documento a efectos casacionales.

2.- En relación con la pretensión concreta que se produce en el presente motivo, ya hemos declarado con anterioridad que efectivamente el acusado Mario Conde y el

Consejero Delegado Enrique Lasarte, son los responsables principales de la desfiguración de la situación económica de Banesto, pero ello constituye exclusivamente un delito de falsedad documental contable, sin que existan elementos de hecho que acrediten suficientemente la existencia de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

E) RECURSO DE LA ASOCIACION PARA LA DEFENSA DEL ACCIONISTA, CREACIONES BERBEGAL S.A Y UNA SERIE DE ACCIONISTAS. Acusación Particular. Tomo IV. Folios 1373 a 1.413.

*** El recurso es idéntico al formulado por Eduardo Pérez Rubio y otros que figura al Tomo III, folios 1.227 a 1.246, por lo que damos por reproducidas las contestaciones a las cuestiones planteadas.**

F) RECURSO DEL BANCO ESPAÑOL DE CREDITO.

*** Acusación Particular. Tomo III. Folios 1.301 a 1.324.**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido el art. 69 bis del Código Penal de 1.973 (artículo 74 del Código Penal de 1.995) por su no aplicación al no apreciar la continuidad delictiva en la denominada Operación de Retirada de Caja de 300.000.000 de pesetas.

1.- El motivo es repetición de lo suscitado por el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantías de Depósitos y otras acusaciones, por lo que nos remitimos a la contestación dada en los correspondientes apartados.

2.- Se da por reproducida la contestación dada a idéntica cuestión ya abordada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

SEGUNDO.- Por infracción de al amparo del n° 1° del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber infringido el art. 113 del Código Penal de 1.973 (y en su caso el art. 114 del Código vigente), al aplicarlo incorrectamente en la Operación Retirada de Caja de 300.000.000 de pesetas.

1.- El motivo se plantea, aún para el supuesto de que no se estime la existencia del delito continuado y pone de manifiesto que, según consta en la propia querrella del Ministerio Fiscal, con fecha 10 de Enero de 1.994 se incoan en la Fiscalía General del Estado diligencias de investigación en función de la denuncia presentada por la Federación Estatal de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras, por lo que, en su opinión, todavía no había transcurrido el plazo de 5 años, señalado por la sentencia, ya que el cómputo para la prescripción comienza a correr el 6 de Abril de 1.989.

Entiende que no puede considerarse un acto de mero trámite la presentación de una querrella por el Ministerio Fiscal, e incluso llega a sostener que la denuncia presentada por la Federación de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras ante la Fiscalía General del Estado, ya interrumpía la prescripción y ello porque el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye a dicho Ministerio Público el carácter de autoridad.

2.- Se da por reproducida la contestación formulada a las mismas cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal y otras acusaciones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del n° 1° del art. 849 de la LECrim., por haberse infringido el art. 114 del Código Penal de 1.973 en relación con el 113 del propio texto, referente a la participación de Jacks Hachuel en la operación denominada Carbueros que considera prescrita.

1.- El motivo coincide con idéntica cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, el Fondo de Garantía y otras acusaciones. Cita la sentencia de 26 de Julio de 1.999 en la que se señala que recogiendo la doctrina de la Sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1.994, aunque no haya existido una resolución judicial que recogiendo algún dato incriminatorio, cite como imputada a una persona (o acuerde las diligencias necesarias para su plena identificación), ha de entenderse que el procedimiento ya se está dirigiendo contra el culpable. Como ocurre también cuando un imputado o testigo, en su declaración implica a otra persona, que para nada figuraba antes en las actuaciones, poniendo en conocimiento del juzgador un determinado comportamiento punible, pues desde ese momento en que el dato incriminador se introduce en el procedimiento penal, sin necesidad de ulterior resolución judicial, ya queda interrumpida la prescripción.

2.- Se reproduce la respuesta dada anteriormente a esta cuestión.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**.

V. RECURSO DE LOS CONDENADOS.

A) RECURSO DEL ACUSADO MARIO CONDE CONDE.

SEGUNDO.- El motivo primero ya ha sido tratado como cuestión previa, y el segundo, se formaliza al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, en razón de la falta de imparcialidad de los peritos designados por el Juez, previsto en el art. 24.2 de la Constitución.

1.- En su opinión, la prueba pericial practicada por los Inspectores del Banco de España, durante la instrucción y reproducida en el juicio oral y de la cual ha hecho uso la sentencia, en la fundamentación jurídica condenatoria, vulnera el derecho fundamental del recurrente a un proceso público con todas las garantías, toda vez que dentro del contenido mínimo del proceso penal, figura la exigencia de que la pericia se realice por expertos imparciales, objetivos e independientes, como garantía ineludible en toda diligencia pericial ordenada por el órgano jurisdiccional.

Señala que esta cuestión ha sido suscitada por la parte recurrente, desde el inicio del procedimiento y recuerda que, se tramitó un incidente de recusación, previo al amparo constitucional, que fue rechazado por la Sala, por considerar que la cuestión había sido resuelta por auto de 4 de Noviembre de 1.997 por el que se decidía el incidente de recusación de los peritos. No obstante, la propia resolución reconoce que, el planteamiento de la cuestión, puede hacerse en el eventual recurso contra la sentencia.

Sostiene que los expertos no eran imparciales, objetivos e independientes y la tramitación de la causa, ha venido a demostrar la parcialidad de los peritos designados por el Juez Instructor, circunstancia vedada en su día para esta parte por el secreto de las actuaciones y sólo conocida con posterioridad.

A continuación relata las vicisitudes surgidas a lo largo de la tramitación de la causa y vuelve a insistir que, dos de los peritos a los que designa por sus nombres, eran absolutamente incapaces de llevar a cabo una revisión imparcial, objetiva y neutra, de unas operaciones que les habían venido ocupando en los años precedentes, ya que tenían un interés partidario y habían auxiliado y asesorado al Ministerio Fiscal, en la preparación de la querrela, así como que estaban vinculados a una de las partes acusadoras, al Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios.

2.- La parte recurrente, no realiza un rechazo en bloque de toda la prueba pericial que se ha llevado a efecto, en una causa de las dimensiones y naturaleza de la presente. Centra su tacha de parcialidad en torno a dos funcionarios del Banco de España, que auxiliaron al Ministerio Fiscal en la preparación de la querrela.

La recusación ya se planteó ante el Juez de Instrucción que la denegó, reiterando esta decisión la Sala, resolviendo un recurso de queja por extemporáneo. Compartimos plenamente la cita que hace la parte recurrente, respecto de que toda persona tiene derecho a recusar a jueces y peritos y que la razón del sistema es muy clara, ya que el perito es un auxiliador del juez. Se debe partir de la imparcialidad y de la objetividad de quienes

asesoran a los Tribunales, aunque sus opiniones no vinculen y por ello, cuando en el perito concurre una causa de recusación (parentesco con el querellante o el reo, interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante, amistad interna o enemistad manifiesta), cualquiera de las partes puede advertir esta tacha legal, para mejor preservar la justicia de la decisión judicial. La imparcialidad y la objetividad son denominadores comunes, con las correspondientes matizaciones, de jueces y peritos.

3.- Los informes de los organismos oficiales, que bien lleguen a la causa a petición del órgano jurisdiccional o que, de alguna otra manera, se incorporen a la misma tienen, en principio, el valor y la eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos de que procedan, con garantías de imparcialidad y objetividad. Ciertamente no están exentos de la posibilidad de error, pero la parte, que está instruida convenientemente de su contenido, tiene la posibilidad de someter dicho informe a debate contradictorio, mediante la cita de los peritos al juicio oral o bien articulando contraprueba para cuestionar las conclusiones que puedan derivarse de su contenido.

En el caso presente se ha respetado el principio de igualdad de armas en el proceso ya que las pericias utilizadas por las partes acusadoras, han sido sometidas a contraste con las que presentaron las defensas, proporcionando al órgano juzgador, la posibilidad de evaluarlas conforme a los criterios de la lógica y la razón que debe imponerse a cualquier veleidad de arbitrariedad.

4.- Dadas las características del caso que nos ocupa, se presenta como perfectamente lógico, que el Juez de Instrucción solicitara del Banco de España la designación de técnicos especializados, para desentrañar las complejas operaciones que eran objeto de investigación.

Al tratarse de un organismo público, cuya finalidad esencial es la de velar por la seguridad, fiabilidad y transparencia del sistema financiero, se debe suponer que actuaron con absoluta imparcialidad y objetividad y que sus informes estaban presididos por criterios técnicos que indudablemente, podrán ser discutidos, pero que no por ello revelan que hubiera un interés, ni personal, ni institucional en tergiversar y falsear, los análisis

realizados sobre la situación financiera de la entidad bancaria sometida a inspección y a investigación judicial.

Los funcionarios encargados de realizar los informes actuaban, al mismo tiempo, en el cumplimiento de un deber que les habría sido específicamente encomendado y actuaron con objetividad y con sometimiento a la ley y al derecho. Los peritos no respondían a ningún mandato, ni estaban sometidos a directrices o instrucciones de los órganos rectores de la institución a la que pertenecían y no existe la más mínima constancia de que acomodaran sus dictámenes a órdenes recibidas.

5.- En este caso concreto, la pericia recayó, además, sobre un amplio bagaje documental que obraba en la entidad bancaria sometida a inspección e investigación, por lo que las conclusiones, acertadas o desacertadas, no eran el producto de una creación de bases fácticas artificiales o caprichosas, sino el resultado de aplicar sus conocimientos técnicos, sobre una voluminosa y compleja documentación, cuya autenticidad no puede ser discutida.

En todo caso, cualquiera que haya sido la iniciativa o el origen de la inspección, las conclusiones obtenidas se han incorporado, como ya se ha dicho, a un proceso penal y es en su seno donde se debe debatir el contenido y el objeto del informe. Se trata de datos o elementos probatorios que deben ser valorados con arreglo a los criterios propios del proceso penal, independientemente de cual pueda ser su efectividad o virtualidad en otros ámbitos ajenos a la causa penal.

6.- Nos queda por examinar los efectos que, sobre la imparcialidad de dos de los peritos, haya podido tener el hecho de que asesoraran al Ministerio Fiscal en la redacción de la querella.

No se debe olvidar que el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige que en la querella se incluya una relación circunstanciada de los hechos, lo que supone, en un caso como el presente, un necesario conocimiento de los antecedentes y un imprescindible asesoramiento de técnicos especializados que permitan dar coherencia y la

claridad precisa, a la puesta en conocimiento del Juez, de unos hechos, que pretenden poner en marcha un proceso penal, con las derivaciones, de toda índole, que la decisión judicial de admitir la querrela, ocasiona en los implicados o querrelados.

Es preciso señalar que, en este caso, el Ministerio Fiscal recibió una denuncia de la Federación Estatal de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras y que ello dio lugar a que se realizase una investigación previa, al amparo del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que los peritos actuaron como órganos de auxilio y asesoramiento sin ninguna otra implicación en las actuaciones.

Podrá sostenerse que fueron peritos de la acusación pública, pero ello en nada afecta a su imparcialidad y objetividad, del mismo modo que los peritos propuestos por los acusados gozan también de competencia, imparcialidad y objetividad. No se puede sostener que unos son parciales, porque refuerzan la tesis acusatoria y otros imparciales y objetivos porque sostienen tesis contradictorias y favorables a las defensas.

En definitiva se trata de la confrontación probatoria de pericias discrepantes, cuya valoración corresponde al órgano juzgador.

7.- Por último y en relación con la postura de que el Banco de España, a través del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Cambiarios, ha sido parte en la presente causa, lo que invalida la prueba pericial, se deben hacer las siguientes precisiones.

El Fondo es una institución creada por Real Decreto Ley 4/1.980 de 28 de Marzo que la atribuye una personalidad jurídica pública, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines, en régimen de derecho privado y con sujeción a normas reguladoras de las Entidades Estatales autónomas y de las sociedades estatales.

Cualquiera que sea la participación del Banco de España en la Comisión Gestora del Fondo, lo cierto es que, como se pone de relieve por la representación procesal del

Fondo, su personación en esta causa obedece a una decisión del Congreso de los Diputados, que insta al Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios a proceder por la vía que estimen más conveniente.

En todo caso nos encontraríamos ante unos peritos pertenecientes a un organismo oficial, que no ha sido parte en la causa y que han actuado con arreglo a criterios técnicos y objetivos, que sin perjuicio de sus efectos en la fase de instrucción, se erigieron medios de prueba al ser objeto de debate contradictorio en el momento del juicio oral.

La tesis de la parte recurrente nos llevaría a la imposibilidad de utilizar peritos pertenecientes a organismos oficiales en todos los casos en que se personare el Abogado del Estado para defender los intereses de las Administraciones Públicas. La posibilidad legal de la existencia de estos peritos, está expresamente contemplada en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando al referirse a los honorarios e indemnizaciones de los peritos, exceptúa a los que tuvieren retribución fija satisfecha por el Estado, por la Provincia o por el Municipio a los que habría que agregar ahora las Comunidades Autónomas.

En consecuencia es evidente que los peritos no sólo no estaban incurso en ninguna causa de recusación, sino que desempeñaron su misión con objetividad e imparcialidad.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Se formaliza al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración de precepto constitucional al haberse lesionado el contenido esencial del artículo 24.2 de la Constitución por infracción del principio acusatorio.

1.- Sostiene que ha sido condenado por hechos por los que no había sido acusado, lo cual ha impedido que pudiera ejercitar debidamente el derecho de defensa, conforme a los principios de igualdad de armas y de contradicción de las partes. Se alega la indefensión por haberse incorporado a la acusación, dentro de la Operación Cementeras, los hechos relativos a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, circunstancia ésta conocida a

través del trámite de conclusiones definitivas y que por esta razón no fue planteada antes en el debate preliminar establecido en el art. 793.3 de la LECrim.

Considera que estos hechos, nunca integraron la acusación que, bajo la genérica denominación de la “Operación Cementeras”, se planteó contra el recurrente al inicio del juicio oral. Para ello se remite al auto de apertura del juicio oral, para comprobar, que allí se hablaba de un perjuicio por importe de 1.224.000.000 de pesetas que habrían ocasionado los acusados a Banesto en virtud de las operaciones realizadas sobre acciones de dos sociedades Hormigoneras distintas, es decir las representativas del capital de Hormifasa y Prebetong de Aragón.

La modificación mencionada, conllevaba una nueva acusación delictiva, de la que no había tenido noticia en ningún momento anterior, por lo que se le provocó una palmaria indefensión material.

Estima que esta actuación no tiene cabida en el margen reconocido por el art. 793.7 de la Lecrim., para las conclusiones definitivas. Señala que, como es sabido, la posibilidad de cambios o modificaciones queda reducida a la tipificación penal de los hechos, a la apreciación de un mayor grado de participación o ejecución o a la concurrencia de circunstancias de agravación de la pena.

Destaca, que se pasa de una calificación delictiva simple como estafa, a la apreciación de una continuidad delictiva por apropiación indebida, precisamente por introducir, como hecho nuevo, la compraventa de acciones de dos hormigoneras, además de las ya señaladas.

Solicita por último, la declaración de nulidad de la condena por la operación Cementeras en la parte atribuida a las sociedades Ariforsa y Prebetong del Este.

2.- La sentencia recurrida, al abordar las cuestiones previas, trata la alegación formulada por el recurrente, en el sentido de haber sufrido indefensión con ocasión de haberse incorporado a la acusación dentro de la Operación Cementeras, los hechos relativos

a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, circunstancia que, según expone, fue conocida por el acusado en el trámite de conclusiones definitivas y que, por esa razón no fue planteada antes en el debate preliminar previsto en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es cierto que, como reconoce la sentencia recurrida, en el auto de apertura del juicio oral, sólo se hizo referencia a las hormigoneras Hormifasa y Prebetong Aragón, pero añade que la prueba practicada en el juicio oral ha versado extensamente sobre las operaciones de venta de las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, a las que no se mencionaban en el auto, estimando que las defensas han tenido cumplida oportunidad de someter el hecho a contradicción.

En relación con el contenido de la acusación, es una doctrina reiterada a lo largo de los tiempos, que el auto de procesamiento constituye una resolución motivada y provisional, por la que se declara a una persona concreta como formalmente imputada, al tiempo que se le comunica la existencia de una determinada imputación fáctica para que pueda defenderse de ella, con plenitud de medios. En definitiva, se trata de una decisión interna o provisional que, de alguna manera, al establecer la legitimidad pasiva de la persona procesada o imputada representa, al ser requisito indispensable y previo de la acusación, una medida protectora del mismo, evitando así que la voluntad de quien acusa sea requisito suficiente para abrir el juicio.

Esta doctrina tradicional, aplicable a las causas tramitadas por el procedimiento ordinario, estaba de acuerdo también en que el auto de procesamiento no delimitaba el objeto del proceso, ya que éste quedaba fijado inicialmente, por los escritos de calificación provisional, que equivalen a lo que en el proceso civil representa la demanda.

3.- En el Procedimiento Abreviado, como es sabido, no existe auto de procesamiento, por lo que el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que soliciten, si lo estiman procedente, la apertura del juicio oral formulando el escrito de

acusación, en el que se delimita inicialmente el objeto del debate en el juicio oral, si se cumplimentan todos los extremos previstos en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si el Juez de Instrucción considera fundada la petición de apertura del juicio oral, lo acordará así dictando en el correspondiente Auto, que tiene solamente la virtualidad de pronunciarse sobre la procedencia o no de abrir el trámite de plenario, sin que, como ya se ha dicho, delimite el objeto del debate, que es tarea que corresponde a las acusaciones en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales.

Contra el auto de apertura del juicio oral, no se concede recurso alguno, porque se considera como una mera decisión formal habilitante de celebración del mismo, en cuyas sesiones tendrá lugar el debate sobre el verdadero objeto del proceso, y que incluso puede ser modificado a tenor del resultado de las pruebas.

Como señala la sentencia de 22 de Diciembre de 1.993, lo relevante para el proceso penal, no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente y que integran el tipo penal a aplicar. El hecho de la vida objeto del proceso, ha de tomarse en cuenta y ser fijado en el momento de la acusación, señalando aquellos extremos fácticos que integran el substrato de los elementos típicos que componen el precepto penal, cuya aplicación se solicite.

4.- Pero es que en el caso que nos ocupa, no se ha producido acusación sorpresiva ni se ha vulnerado el principio acusatorio, no sólo por las razones que se han expuesto anteriormente, sino porque, como pone de relieve una de las acusaciones particulares, (Fondo de Garantías de Depósitos), en su escrito de conclusiones provisionales de fecha 17 de Mayo de 1.996 en el apartado A) de la conclusión primera se incluyen referencias a la compra de participaciones de Prebetong Este y Ariforsa por el precio de 53.747.500 pesetas y a la simultánea opción de recompra de esas participaciones por Cementos del Mar (Grupo Serratosa), por 386.000.000 pesetas, opción ejercitada en el mismo acto, así como la cesión hecha por Beta Cero (Banesto) a Gay Cordon S.A., de

dichas participaciones por el precio inicial de compra, lo que permitió a Gay Cerdón cumplimentar la citada opción de recompra, con una ganancia ilícita de 332.254.500 pesetas en perjuicio del Banco.

Estas operaciones estuvieron presentes, no sólo a lo largo de la investigación del Juez de Instrucción, sino que fueron objeto de debate probatorio en las sesiones del juicio oral. En todo momento los acusados fueron informados y conocieron la totalidad de los hechos relativos a la denominada Operación Cementeras y tuvieron ocasión de defenderse, por lo que no fueron sorprendidos por la inclusión de nuevos hechos, ni se vulneró el principio acusatorio, ni se les causó indefensión.

Como señala la sentencia recurrida, la operación Cementeras, debe calificarse como un solo hecho, en sentido jurídico-penal, luego las circunstancias relativas a las dos hormigoneras mencionadas, forman parte de la total dinámica comisiva que se imputa a los acusados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución en cuanto que no se le ha reconocido el derecho a un proceso con todas las garantías.

1.- El motivo se refiere a la operación “Centro Comercial Concha Espina” y estima que se ha fundamentado la condena en elementos probatorios inexistentes, ya que no ha existido una prueba válida sobre la que asentar la intervención o utilización, en esta operación, de la sociedad Gestión de Títulos y Estudios S.A., (en adelante GESTIESA).

Señala que la prueba utilizada por el Tribunal para recoger la intervención de la Sociedad GESTIESA es una prueba inexistente. Admite y reconoce que la sociedad GESTIESA ha sido objeto de invocación por el Ministerio Fiscal, cuyos representantes, tanto en su escrito de conclusiones como en el trámite del informe oral, trajeron a colación

la intervención de GESTIESA como adquirente del 29% de las cuentas en participación sobre el negocio inmobiliario, vinculado con la esquina del Bernabeu.

Pone de relieve que el Ministerio Fiscal basó su actividad probatoria, sobre un informe remitido al Juzgado de Instrucción nº 3 por la Agencia Tributaria en Junio de 1.998. La incorporación a las actuaciones, siempre a tenor del informe del Ministerio Fiscal, se habría producido a través de la pieza de investigación patrimonial del acusado Arturo Romaní, y considera que ese informe de la Agencia Tributaria e incorporado por el Ministerio Fiscal, no es una prueba que pudiera tomar en consideración el Tribunal. En su opinión, los informes de la Agencia Tributaria no constituyen una prueba documental con valor probatorio y no ha sido una prueba practicada en el juicio oral, ni han sido ratificadas, por no haber comparecido ninguno de los firmantes de dichos informes.

Por todo lo anterior, termina solicitando la declaración de nulidad de la condena por la operación Centro Comercial Concha Espina, toda vez que la misma se fundamentó exclusivamente en informes de la Agencia Tributaria, que no constituyen prueba válida y que al haber sido tomados en consideración por el Tribunal sentenciador provocaron la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

2.- El motivo está formulado de forma incorrecta y ambigua. Su enunciado se centra en la denuncia de la vulneración de derecho a un proceso con todas las garantías, lo que implica una formulación genérica, que después concreta en la inexistencia de elementos probatorios válidos para fundamentar la intervención o utilización en la operación “Centro Comercial Concha Espina” de la Sociedad de Gestión de Títulos y Estudios S.A. (GESTIESA). De esta manera parece que debía orientar el motivo hacia la existencia de un error de hecho, en la apreciación de la prueba o hacia la presunción de inocencia.

Reconoce la existencia de un informe de la Agencia Tributaria, realizado con ocasión de la investigación patrimonial del acusado Arturo Romaní, en el que constan detalles y circunstancias que se incorporan al hecho probado, pero sostiene que dicha prueba

es nula, lo que lleva aparejada, en su opinión, la nulidad de la condena que se le ha impuesto por la operación antes citada.

3.- El informe de la Agencia Tributaria sobre el patrimonio de Arturo Romaní, figura en la pieza separada relativa a este acusado. En la sentencia se dice que, el recurrente Mario Conde y Arturo Romaní, utilizando una sociedad denominada Gestión de Títulos y Servicios S.A. (GESTIESA), que con posterioridad se convirtió en Apolo Inversiones y Servicios, adquirieron un 29% de las cuentas en participación, sin que se abonare cantidad alguna por la cesión. Esta sociedad GESTIESA, cedió con posterioridad esa participación del 29% a la Sociedad MONTILSA. Más adelante se afirma rotundamente en la sentencia que, el recurrente y Arturo Romaní tenían a su disposición los fondos que llegaron a esta sociedad MONTILSA procedentes de la operación del Centro Comercial Concha Espina.

4.- Del examen de las actuaciones no se desprende la existencia de vulneración de precepto constitucional alguno, en cuanto que las afirmaciones fácticas que han quedado transcritas se derivan de una prueba válida, practicada fundamentalmente durante el juicio oral, con las debidas garantías de publicidad, oralidad y contradicción.

Es cierto, y así lo señala el Ministerio Fiscal, que el informe de la Agencia Tributaria utilizado por la acusación pública, no fue objeto de traslado a las partes, pero no puede negarse que fue debatido en el juicio oral y que no constituía un dato que fuera desconocido a la parte recurrente. La cuestión estuvo presente a través del interrogatorio a numerosos testigos, cuyas manifestaciones figuran en los folios del acta del juicio oral, citados por el Ministerio Fiscal y además fue tratado en sus informes por los peritos del ICAC.

Asimismo el tema de GESTIESA fue introducido en el objeto de la causa, a través del escrito de conclusiones provisionales de Arturo Romaní en el que se pone de relieve, todo el proceso seguido desde el momento en que José Contreras Torres, en nombre de la Sociedad mencionada, suscribe un contrato de cuentas en participación con Manuel García Pardo, el día 19 de Julio de 1.989.

5.- Lo verdaderamente esencial a los efectos que pretende el recurrente, es sí las afirmaciones fácticas que se recogen en la sentencia, responden a una prueba válida manejada en el procedimiento, en condiciones que permitieran a la parte afectada su contradicción, o si se trata de pruebas ocultas de las que no ha podido defenderse ocasionándole indefensión. Ya se ha dicho que se realizó prueba sobre estos extremos y que la sentencia recurrida, afirma que el recurrente y Arturo Romaní obtuvieron su ilícito beneficio a costa de la Corporación Banesto, a través de la Sociedad Montilsa que tenían en su esfera de dominio. Así se acredita y motiva en dos apartados de los folios 199 y ss de la sentencia, en los que va desgranando toda la prueba valorada incluyendo las manifestaciones del propio recurrente. Con objeto de no reiterar argumentos de la sentencia recurrida, damos por reproducido el contenido de los diferentes y abundantes puntos dedicados al análisis de la prueba, lo que permite prescindir del informe de la Agencia Tributaria, impugnado por la parte recurrente.

6.- También se desprende de la sentencia que, en el tramo final ejecutivo del delito de estafa que se le imputa al recurrente, la Sociedad que recibe los ilícitos beneficios no es ya GESTIESA sino MONTILSA, a la que la primera había cedido su titularidad del 29% de las cuentas en participación de la operación relacionada con el Centro Comercial Concha Espina. Con ello se pone también de relieve que, el error que se imputa a la sentencia sobre la suma total de los porcentajes en las cuentas en participación, no existe ya que es un dato evidente e incontrovertible, como ha quedado expuesto, que la Sociedad MONTILSA recibió de GESTIESA el 29% de la cuenta en participación, por lo que esta última desaparece del negocio y es sustituida por la primera, sin que por tanto sea correcto sumar dos veces el porcentaje de las cuentas.

En consecuencia, estimamos que no se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que las afirmaciones fácticas de la sentencia, se han obtenido a través de pruebas válidas, contrastadas y suficientemente conocidas por la parte recurrente por lo que no se le ha causado indefensión.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por estimarse vulnerado el artículo 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución como consecuencia de la aplicación retroactiva, en perjuicio del reo, del artículo 250.6ª y 7ª del Código Penal vigente y consiguiente inaplicación del artículo 529.7ª con relación al artículo 528 del Código Penal texto refundido de 1.973 en vigor en el momento de los hechos.

1.- Señala que los hechos se cometieron bajo la vigencia del derogado Código penal de 1.973 que, en su opinión, era más favorable, según se desprende de una sencilla comparación de las penas respectivamente previstas, en los artículos de una parte, 529.7ª, en relación al 528 del CP de 1.973 y, de otra en los arts. 250.6ª y 7ª con relación al art. 248 del actual Código Penal, aun cuando se estime muy cualificada la circunstancia agravante 7ª del artículo 29, con relación al 528 del CP, texto refundido de 1.973, lo que no se cuestiona en el presente motivo. Señala que, en todo caso, si como entiende con buen criterio la sentencia recurrida, no puede aplicarse al supuesto de autos la agravante específica 8ª del artículo 529 del derogado Código Penal texto refundido de 1º.973, es más obvio aún la mayor benignidad de las penas establecidas para el delito de estafa en el código Penal texto refundido de 1.973.

Por ello la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 25, en relación con el art. 9.3 de la Constitución Española, que prohíbe la aplicación retroactiva en perjuicio del reo, de leyes, como las penales, que limitan o restringen derechos fundamentales del individuo.

2.- El motivo se refiere exclusivamente a la operación Centro Comercial Concha Espina, lo que nos obliga a recordar que la sentencia recurrida ha considerado que estos hechos, por su homogeneidad, han sido calificados, conjuntamente con la operación Oil Dor, como un delito continuado de estafa.

Cualquier valoración que pueda hacerse sobre la mayor o menor benignidad del Código derogado de 1.973 sobre el vigente, tiene que partir de la aplicación íntegra de uno u otro texto legal sin que sea posible construir una figura mixta, compuesta por preceptos de uno y otro Código ya que ello entraría en contradicción con la Disposición Transitoria

Segunda del Código de 1.995 y así se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en la sentencia de 30 de Octubre de 1.998.

La sentencia recurrida, después de calificar los hechos como constitutivos de un delito de estafa, en el momento de la individualización de la pena, tiene en cuenta que forma parte de una relación de continuidad, cuyo tratamiento penológico debe determinarse conforme al artículo 74.1 del Código Penal, atendiendo a los datos relativos a la gravedad del hecho y culpabilidad de los autores.

3.- Aplicando el Código de 1.973 la pena básica, según el artículo 528, era la de arresto mayor que, en el caso de concurrir una circunstancia muy cualificada del artículo siguiente (art. 527.7ª), nos llevaría a la prisión menor en toda su extensión. La aplicación de la continuidad delictiva que estaba regulada en el antiguo artículo 69 bis, eleva la pena hasta el grado medio de la pena superior, es decir, hasta diez años de prisión mayor.

Si nos trasladamos al Código vigente, el artículo 249 establece una pena básica de seis meses a cuatro años de prisión, que se eleva a una pena de un año a seis años, cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 250, como sucede en el caso presente. Ello nos sitúa en una pena máxima de seis años de prisión, que aplicando el mecanismo penológico del artículo 74.1, por tratarse de un delito continuado, permite individualizar la pena en la cota máxima de seis años, como ha hecho la sentencia recurrida, que impone además una multa de doce meses con una cuota diaria de 50.000 pesetas.

Realizada una comparación entre ambas opciones punitivas y aún teniendo en cuenta la posibilidad de reducir penas por el trabajo con arreglo al antiguo Código, resulta más beneficiosa la aplicación de la legalidad vigente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho a la presunción de inocencia, en relación con la “operación Cementeras”.

1.- Sostiene que, para llegar a una resolución condenatoria, la sentencia lleva a cabo una valoración de la prueba, que comporta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, toda vez que la prueba de cargo tomada en consideración, resultaba manifiestamente insuficiente para desvirtuar aquella presunción, al tiempo que la sentencia no apreció múltiples elementos de prueba de descargo. Realiza un análisis de la prueba y denuncia que, ante la falta de un testimonio directo de quien protagoniza los hechos, la sentencia utiliza, como prueba de cargo, las declaraciones prestadas por distintas personas, que de una forma claramente marginal habían tenido participación en los hechos.

Señala que, más adelante, en un motivo decimocuarto por error de hecho se abordará con más detalle la equivocación sufrida por el juzgador. Si bien anticipándose a esta cuestión señala el documento obrante a los folios 2941 a 2.943 del tomo XI como base acreditativa del error del juzgador.

2.- Por razones sistemáticas y lógicas analizaremos, en este punto, solamente lo alegado en relación con la presunción de inocencia, que afecta exclusivamente al apartado de hechos probados conocidos como “Operación Cementeras”.

De lo enunciado en el apartado anterior, se desprende que la propia parte recurrente reconoce la existencia de prueba pero considera, por su parte, que resultaba manifiestamente insuficiente y que estaba desvirtuada por numerosos elementos de descargo.

Resulta imposible acceder a la petición de la parte recurrente, si se realiza una lectura pormenorizada de la sentencia recurrida. El análisis probatorio resulta abrumador y se concentra, a modo de conclusión, en un apartado 7, en el que se resume el proceso seguido por la Sala sentenciadora, para llegar a su convicción sobre la intervención culpable de los acusados, entre los que se encuentra el recurrente.

Se han tomado en consideración testimonios válidos, que corroboran la tesis de que las hormigoneras fueron adquiridas para cuadrar o ajustar los valores asignados a las

sociedades y para lograr el equilibrio de las contraprestaciones. Además de la prueba testifical, la operación de ajuste resulta asimismo de las conclusiones periciales. La coartada o tesis de la defensa ha sido estimada de gran fragilidad y no se ha logrado una explicación razonable, para justificar que las cantidades que finalmente no fueron a parar a Banesto, se emplearon para el pago de una importante retribución a un tercero. Las sociedades Gay Cordón y Data Transmission System, a través de las cuales se canalizaron los 1.556 millones de pesetas, son sociedades vinculadas al recurrente. Se afirma que el acusado ha utilizado en su propio beneficio los fondos que proceden de la “Operación Cementeras”, en ocasiones en forma de préstamo, en otras mediante la aplicación directa en la adquisición de bienes y no se conoce el destino último de los fondos, si bien está acreditado que no han sido reintegrados a Banesto y no existe prueba de que efectivamente pasasen al patrimonio de un tercero con derecho a comisión.

3.- Damos por reproducido, por su pormenorización y detalles la impugnación de este motivo que realiza el Ministerio Fiscal, acudiendo a testimonios concretos prestados en el momento del juicio oral con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción. En definitiva, ha quedado acreditado que las cantidades manejadas para cuadrar la división efectuada del Grupo Cementero, no llegaron a Banesto ni tuvieron ningún otro destino justificado.

4.- Superada la fase en la que, la voluntad de los jueces era omnímoda para establecer conclusiones condenatorias, carentes de un debido sustento probatorio, la proclamación del principio constitucional de presunción de inocencia, exige una doble tarea, por un lado la utilización exclusiva de pruebas válidamente obtenidas y que no puedan ser expulsadas del proceso por tener un origen viciado de carácter constitucional o legal, y por otro, que su contenido, ofrezca un perfil inculpatario que permita llegar a una convicción condenatoria. En la depuración del concepto constitucional de pruebas inculpativas, se ha considerado incluso suficiente el testimonio único de la víctima, medida que, en este caso, ha sido abrumadoramente superada por las numerosas pruebas testificales, documentales y periciales que se reseñan a lo largo del análisis probatorio realizado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEPTIMO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del precepto constitucional en particular el art. 24.2 de la Constitución por lesión del derecho a la presunción de inocencia en relación con la operación “Cementerías” (falta de participación en la operación y en el destino de los fondos).

1.- Señala que la autoría la sitúa la sentencia, en una doble circunstancia fáctica: el uso del poder de administración del recurrente para que cantidades destinadas a Banesto ingresaran a favor de las sociedades ajenas a su grupo y, en segundo lugar, el hecho de que los fondos así obtenidos tuvieran al recurrente como destinatario.

En relación con ambas circunstancias, pone de manifiesto que la sentencia ha llevado a cabo un pronunciamiento condenatorio, sustentado en una falta de elementos probatorios, descartándose en la misma una voluminosa actividad probatoria directa de descargo.

Sostiene que no ha existido, en el juicio oral, prueba suficiente para entender que el recurrente realizara algún acto o diera instrucción en contra del interés de Banesto y en su propio beneficio o de un tercero, abusando de sus facultades de administración.

Realiza un análisis de la prueba e insiste en la conclusión de que el recurrente, nunca ha tenido relación con las sociedades que se dice utilizadas para la distribución de los fondos, ni nunca fue destinatario de dichas partidas.

2.- La sentencia recurrida afirma tajantemente, en el inicio del relato de hechos, dedicado a lo que se denomina “Operación Cementerías”, que todas las operaciones que se describen detalladamente en los apartados siguientes se originaron a partir de la decisión, conjuntamente adoptada por Banesto y por la familia Serratosa, de escindir el mencionado grupo cementero, mediante la división y adjudicación recíproca de las sociedades que lo componían, transmitiendo el Grupo Banesto a la familia Serratosa, las acciones que el

primero tenía en la sociedad matriz Valenciana de Cementos, dividiéndose el resto del grupo entre ambos.

Asimismo se sienta como hecho probado, que los acusados Mario Conde y Arturo Romani, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las hormigoneras para hacer llegar, determinados fondos, que de no intervenir los anteriores, en uso de las facultades de administración que tenían encomendadas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito. Dichos fondos llegaron a las sociedades Gay Cordón y Data Transmission System; vinculadas a los anteriores y adquiridas con ese fin.

De forma clara y terminante está afirmada la participación del recurrente en la “Operación Cementeras” y en la apropiación de los fondos obtenidos, que, como se ha dicho con anterioridad, sólo deberían haber ido a parar al Banco Español de Crédito.

3.- La sentencia dedica de forma ordenada y sistemática un apartado expreso a la valoración probatoria efectuada, para llegar a establecer la forma en que se desarrolló la operación entre la familia Serratosa y el Banco Español de Crédito y utiliza, como soportes probatorios, las declaraciones de los acusados, la testifical, la prueba pericial, folios 10.723 y siguientes de los peritos designados por el Banco de España.

En definitiva las tesis de las acusaciones y de las defensas coinciden en que los millones de pesetas de beneficios no llegaron a la entidad bancaria. La defensa del recurrente sostiene que no era una cantidad que debiera percibir Banesto, sino que los fondos, en los que supuestamente se perjudicó y que motivan la acusación por apropiación indebida o estafa, proceden del patrimonio de la familia Serratosa y que su destinatario era un tercero, como retribución de una comisión por la intervención en la división del Grupo Cementero.

Es incuestionable que si esta versión es la única posible, el recurrente habría quedado al margen de la operación y del aprovechamiento de los fondos.

Sin embargo, la sentencia insiste, basándose en un abundante material probatorio, válidamente obtenido y suficientemente contrastado en el juicio oral, en que las plusvalías generadas por la operación no pasaron a Banesto como le correspondía, sino que una cantidad fue desviada a la Sociedad Gay Cordón, que fue el cauce para que el recurrente y Arturo Romaní obtuvieran la disponibilidad de aquellas sumas.

Por si había alguna duda se vuelve a ratificar que la escisión del Grupo Cementeras no benefició a Banesto, por lo que la relación jurídica que surge del acuerdo entre la familia Serratosa y la entidad financiera, debía desembocar, cualquiera que fuesen sus vicisitudes, en una recíproca aportación de contraprestaciones entre ambos protagonistas, sin que pueda justificarse la existencia de terceros beneficiarios.

Con objeto de evitar excesivos alargamientos en la contestación al motivo, nos remitimos y hacemos nuestro el proceso valorativo realizado por la sentencia recurrida.

4.- Como señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, ajustándonos a la congruencia exigible en el trámite del recurso de casación, lo determinante del motivo es dar por sentado, si ha habido actividad probatoria suficiente para acreditar que el recurrente participó en la operación Cementeras y se benefició económicamente de sus resultados.

El hilo conductor que permite establecer estas conclusiones, con pruebas sólidas e incontroversibles, pasa por sentar las vinculaciones directas del recurrente y de Arturo Romaní con las sociedades que intervienen en el curso de las operaciones (Gay Cordón y Data Transmission System) y que sirvieron para desviar los importantes beneficios económicos generados, gracias a su dominio y dirección de las Sociedades mencionadas.

En relación con la Sociedad Gay Cordón, se puede afirmar que como dice la sentencia recurrida, su estructura de capital se compone de un grupo de sociedades que, aunque sin actividad, pertenecen al recurrente, mas un grupo de sociedades vinculadas a

Arturo Romaní y en las que aparece como administradora única, la Secretaria de este último y en la que participan personas de su confianza.

Por lo que se refiere a la Sociedad Data Transmission System, ha quedado acreditado que se trataba de una sociedad controlada en su gestión por Arturo Romaní y que los poderes de administración conferidos eran meramente formales.

La estructura de capital de ambas sociedades directa o indirectamente puede ser asociada al recurrente y a Arturo Romaní. Lo verdaderamente esencial para el proceso penal que busca la verdad material, por encima de cortinas y veladuras que tratan de enmascararla, es el real dominio de la sociedad y de la capacidad de su utilización para la consecución de unos determinados fines, en este caso ilícitos.

5.- La actividad probatoria utilizada para llegar a la conclusión básica que pretende combatir el recurrente, parte de dos documentos de carácter objetivo, que han tenido como base el rastreo de los sucesivos pagos que se describen en el apartado fáctico y el seguimiento del curso de las cantidades entregadas en cada operación. La Sala se apoya y así lo dice en el apartado 6 de la fundamentación jurídica dedicada a este hecho, en el informe realizado por el miembro de la policía judicial nº 13.627 que obra a los folios 9,743 y siguientes del Tomo XXXIII, pieza principal, ratificado posteriormente en el acto del juicio oral (págs. 6472 y ss del acta) en el que compareció en calidad de testigo, pues así se propuso por alguna de las partes.

En los folios 9.743 y ss de las actuaciones figura un informe de la Unidad Central de Policía Judicial sobre las operaciones en el Grupo Cementero y más concretamente en relación con el papel jugado por Data Transmission System S.A y Gay Cordon S.L. Después de hacer un examen metódico y exhaustivo de las cuentas corrientes utilizadas y de los cheques expedidos establece como conclusión final que los fondos recibidos por Data Transmission System S.A y Gay Cordon S.L no han tenido como beneficiario persona física o jurídica de nacionalidad panameña, ni se deduce una intención de poner a disposición de “los panameños” tales fondos.

Como puede verse se trata de una prueba válida, sometida a contraste en el juicio oral y que tiene entidad suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia invocado por el recurrente.

6. Para combatir las alegaciones esgrimidas, creemos que es procedente reproducir los datos que el Ministerio Fiscal recoge en su escrito de impugnación.

Parte de los fondos que se encontraban en la Sociedad Data Transmission System, S.A. (esta sociedad había adquirido el 10 de Mayo de 1.990 de la Sociedad Gay Cordón, las acciones de las otras dos hormigoneras: Hormifasa y Prebetong Aragón, S.A.), los utilizó el Sr. Conde con cargo a la cuenta 99-X de esta entidad (Data), emitiéndose por un importe total de 170 millones, cheques con fechas de: 26-7 y 10-10 de 1.990 y 1-3-91 (40, 60 y 70 millones), el fin fue la financiación de la finca “Los Carrizos”, de su propiedad, y la adquisición de otra finca: “El Cuarto del Rincón”.

Consta a través del mismo medio probatorio, otra remesa de talones (3), por importes de 150, 175 y 205 millones que, según se desprende de los razonamientos lógicos y contundentes del juzgador (F.182 y siguientes de los fundamentos jurídicos), fueron utilizados por los acusados Conde y Romaní, como pago en dinero “B” de la denominada “Hacienda de los Melonares” propiedad de Sociedades pertenecientes a la familia Quesada. La sentencia señala la falta de verosimilitud de los testigos pertenecientes a la familia Quesada y destaca los datos que corroboran la tesis del negocio simulado.

Se ha podido determinar la existencia de ingresos cuantiosos (455.000.000) procedentes de Gay Cordón y Data Transmisión System, en la cuenta corriente de la Sociedad Apolo Inversiones y Servicios, S.A., esta sociedad tenía su domicilio social como Data y Montilsa, en la C/ Pedro Romero nº 8 de Madrid y era controlada por ambos acusados Romaní y Conde. La justificación de tal ingreso, fue la ampliación de capital de la sociedad que lo recibió y su objeto fue la adquisición de fincas que eran propiedad de D^a M^a

Lourdes Arroyo Botana, cónyuge del acusado Mario Conde, situadas en Pollensa (Baleares) que recibió 420.000.000 de pesetas cuyo origen estaba en la Sociedad Data.

A pesar de la venta y el pago, la Sra. Arroyo continuó con el disfrute de la finca.

En suma, hay prueba suficiente para enervar el derecho invocado en cuanto al extremo que contiene el recurso, relativo a la participación del recurrente.

El acusado era Presidente y Administrador de la entidad de la que sustrajo las sumas señaladas, a través de sociedades relacionadas con él y Romaní, desde las que, con nuevas transmisiones del montante de los fondos de referencia, canalizaron el dinero, hasta que en base a simulados préstamos o por compra de bienes, dispusieron de los mencionados fondos aunque no haya sido posible conocer su destino total.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OCTAVO.- Aunque los motivos octavo, noveno y décimo hacen referencia a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la ilicitud de la operación denominada “Concha Espina”, la participación del recurrente y su falta de intervención en la disposición de los fondos, los trataremos por separado comenzando por la cuestión inicial.

1.- Sostiene que, de la prueba practicada, se desprende que el recurrente nunca utilizó la sociedad Gestiesa para adquirir parte del negocio del Centro Comercial Concha Espina, a través de cuentas en participación. El motivo reproduce todo lo alegado en el motivo cuarto, en orden a los documentos que se manejaron por la sentencia en lo relativo a la identidad y titularidad de la citada sociedad. De lo que se trata en el presente motivo, es poner de manifiesto que, en contra de lo afirmado por la sentencia, la prueba obrante en las actuaciones evidencia que nunca se produjo tal adquisición.

Insiste de nuevo en que la postura del Tribunal está inspirada en el informe de la Agencia Tributaria, al que ya se ha hecho referencia.

Mezclando de nuevo el concepto de error de hecho con el de presunción de inocencia, cita una factura, la número 01/91 expedida por Montilsa S.L que se encuentra incorporada a las actuaciones al tomo 109-3 de la pieza documental folio 30.577 y además fue objeto de exhibición en el juicio oral con ocasión de la prueba testifical. Transcribe la factura y señala que de su texto se desprende la inexactitud del informe de la Agencia Tributaria y por consiguiente el error de la sentencia.

2.- La cuestión está en estrecha relación con la abordada en el motivo cuarto. Resulta incontrovertible, a la luz de la actividad probatoria válidamente desarrollada, que fue la Sociedad Montilsa la que el recurrente, junto con otro de los acusados, utilizó para materializar el beneficio derivado de la venta a la Corporación Industrial Banesto del 29% de la cuenta en participación que Mario Conde y Arturo Romaní habían adquirido, como ha quedado probado, sin abonar cantidad alguna por dicha adquisición.

Fue la sociedad Montilsa S.L, última cesionaria de las cuentas en participación, la que vendió a Dorna S.A el porcentaje del 29% en el precio de 1.103.218.928 de pesetas, de las que 118.202.029 pesetas correspondían al IVA, consiguiendo un beneficio de 985.016.900 de pesetas en cuanto que habían obtenido gratuitamente la participación en el negocio.

Toda esta operación se realiza ocultando a la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, a la que se convenció para entrar en la “estructura accionarial” del Centro Comercial Concha Espina, silenciando a sus componentes que el acusado tenía intereses directos en la venta.

3.- Todo lo expuesto ha sido acreditado por una abundante actividad probatoria, que no aparece desvirtuada por ninguna otra contraprueba, con entidad suficiente para anular la fuerza incriminatoria de los elementos utilizados por la Sala sentenciadora.

La sentencia sistematiza su análisis probatorio y lo expone con absoluta claridad al sentar, entre otras afirmaciones, que ha quedado plenamente acreditado, por la abundante

prueba practicada (documental, prueba testifical y prueba pericial) en la forma en que se irá concretando sobre cada extremo, que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, a través de la sociedad Montilsa que dominaban, adquirieron un porcentaje en las cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina, sin contraprestación, es decir, gratuitamente, así como la realización de todas las actividades anteriormente descritas hasta la consumación del beneficio en su propio interés.

La resolución desmenuza, con gran precisión, todos los elementos probatorios que acreditan su dominio sobre la sociedad Montilsa S.L, basándose en la prueba documental a la que hace referencia, en el informe pericial de la policía judicial, en la propia declaración de un testigo y en el reconocimiento del recurrente de haber recibido un préstamo de 140 millones de pesetas procedentes de Montilsa S.L y que fue ingresado, junto con otro, en la cuenta de crédito nº 3000275.1 abierta en el Banco Urquijo a nombre de Mario Conde. Se declara asimismo de forma tajante, que no se ha acreditado que esa cantidad haya sido devuelta a Montilsa, ni que se hubieren pagado intereses como precio del préstamo.

Toda esta prueba, lícitamente obtenida y de incuestionable condición inculpatória, pone de relieve que se han respetado los presupuestos básicos que impiden la entrada en juego de los efectos protectores de la presunción de inocencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

NOVENO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24 de la Constitución en lo referente a la presunción de inocencia del recurrente en relación con la operación Centro Comercial Concha Espina (falta de participación).

1.- El motivo se concreta al planteamiento de la vulneración de la presunción de inocencia, en relación con la falta de toda prueba incriminatoria del recurrente en cuanto a su participación, en cualquiera de las fases constitutivas de la Operación Concha Espina.

A tal fin señala que, no ha existido otra prueba que la que acredita que el recurrente tenía la condición de Presidente de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto y que participó en la sesión de 26 de Septiembre de 1.991, votando en idéntico sentido al que lo hicieron todos los demás miembros presentes, debiendo recordarse que la autorización para la inversión en el Centro Comercial Concha Espina, fue acordada por unanimidad. Pone énfasis en que ni antes de esa sesión, ni con posterioridad a la misma, el recurrente desplegó actividad alguna referida a esa inversión.

A continuación analiza la prueba que en su opinión acredita lo anteriormente afirmado.

2.- Para sustentar su posición casacional, acude a una serie de testimonios vertidos durante la celebración del juicio oral y las actas de la Comisión Ejecutiva de fecha 10 de Julio de 1.991 y 26 de Septiembre de 1.991 (Tomo 41 de la prueba documental de la instrucción, pág. 73 a 75 y 91 a 93).

En su opinión no existe un solo elemento probatorio, que permita corroborar la afirmación de la sentencia, en el sentido de que el acusado ocultó su interés en el negocio y que se valió de la colaboración de los titulares de la empresa Dorna S.A.

También acude al testimonio de personas relacionadas con la Sociedad Montilsa que, según su criterio, acreditan que el recurrente no tuvo ninguna relación con dicha entidad, que según afirma, funcionaba con arreglo a las instrucciones que impartía el otro acusado Arturo Romaní, y así lo manifestó éste, en el acto del juicio oral. No obstante admite y reconoce que hubo relación entre la sociedad y el recurrente, a través de un contrato de préstamo de 17 de Marzo de 1.994. Insiste en las manifestaciones de Arturo Romaní en el acta del juicio oral.

Entrando, en el fondo de la calificación jurídica de los hechos, combate la postura de la sentencia recurrida, sobre su participación en los hechos que se le imputan.

Se remite al motivo décimo y cita varias sentencias del Tribunal Constitucional sobre el contenido y alcance de la presunción de inocencia.

3.- Conviene recordar que existe una abundantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, que han puesto reiteradamente de relieve, que toda condena debe de ir precedida siempre de una actividad probatoria, lo que supone que no se puede condenar sin pruebas lícitamente obtenidas y con suficiente entidad incriminatoria, pudiéndose valorar no sólo las pruebas producidas durante las sesiones del juicio oral, sino también las existentes en las actuaciones que hayan sido introducidas, por los diversos medios previstos en la ley, en el debate contradictorio y público del plenario.

4.- La fundamentación jurídica y los razonamientos desplegados por la Sala sentenciadora, para valorar todo el material probatorio disponible, justifica suficientemente la denegación de las pretensiones de la parte recurrente.

En relación con el punto concreto que plantea el presente motivo, que no es otro que la participación del recurrente en el delito de estafa, la sentencia recurrida desgrana de manera metódica, la actividad probatoria que ha utilizado y que se sistematiza fundamentalmente en las páginas 198 y siguientes, que damos por reproducidas.

Como dato complementario, podemos citar las objeciones realizadas por el Ministerio Fiscal para impugnar el motivo, destacando especialmente la existencia de unas relaciones que, pudiéramos denominar preferenciales, del Banesto que presidía y dirigía el acusado, con el Grupo Dorna, integrado por la diversidad de sociedades gestionadas por los hermanos García Pardo, que dio lugar, entre otros, al contrato de Banesto con “Consultores Asociados” (pág. 6566 y siguientes) y al contrato de fiducia, en relación con la tenencia de acciones de determinados medios de comunicación a través de la filial Publicaciones y Proyectos.

Para acreditar la participación del recurrente, se ha contado con la declaración de los Hermanos García Pardo y el Director General de la Corporación, que figuran en el acta del juicio oral.

Se dispuso también del contrato suscrito entre el Real Madrid y una Sociedad de los Hermanos García Pardo (Inmobiliaria Blasco de Garay). A los folios 10.219 y siguientes de la documental, consta el contrato de cuentas en participación entre las sociedades, ambas del Grupo Dorna, Inmobiliaria Blasco de Garay y Dorna S.A.

De nuevo debemos remitirnos a la abundante prueba documental, testifical y pericial, que acreditan el protagonismo del recurrente en la sociedad Montilsa y la adquisición del porcentaje de cuentas en participación cifrado en un 29%.

5.- El proceso valorativo realizado por el órgano juzgador debe considerarse como racional, lógico y adecuado al contenido de los documentos, testimonios y pericial de que se ha dispuesto. No es necesario que el impacto probatorio sea, en todos los casos, directo y personal, siendo suficiente con su entidad indiciaria, siempre que se reúnan las exigencias jurisprudenciales para su efectividad probatoria y que se dan en el caso presente. Pluralidad de signos indiciarios derivados de prueba directa, enlace lógico y racional entre todos ellos de manera que la conclusión obtenida, sobre la autoría y participación del recurrente, no resulta arbitraria e incompatible radicalmente con el elenco probatorio disponible.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24 de la Constitución por lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, en relación con la operación Centro Comercial Concha Espina (falta de intervención en la disposición de los fondos).

1.- Señala que la sentencia impugnada, condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa, para cuya comisión habría sido determinante la utilización de sociedades mercantiles dominadas por él, como sucede en la operación Concha Espina con la intervención de Gestiesa y Montilsa. Sin embargo la prueba practicada revela, en su opinión, que no ha tenido, en momento alguno, ni el dominio fáctico de las citadas sociedades mercantiles, ni de los fondos de los que éstas hubieran dispuesto.

Según su criterio, resulta llamativa la ausencia de elementos probatorios, en lo relativo a la relación del recurrente con las empresas mencionadas, de tal manera que no existiendo una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, el resultado de las pruebas practicadas confirmaba de manera rotunda la vigencia de ese derecho fundamental. La sentencia ha ignorado esa ingente prueba y con ello ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Denuncia además la existencia de un error de hecho, que será objeto de un motivo posterior.

2.- En este punto concreto, se trata de demostrar la falta de intervención del recurrente en la disposición de los fondos procedentes de la operación denominada Centro Comercial Concha Espina.

El motivo es una variante específica de los anteriores, con la pretensión concreta de que se declare la inexistencia de dominio fáctico alguno, sobre las sociedades mercantiles que se utilizaron para ingresar los beneficios derivados de la venta de las cuentas en participación y en consecuencia que, tampoco tuvo disposición de los fondos obtenidos.

Debemos insistir en que la sentencia recurrida, ha dispuesto de prueba válidamente obtenida y de contenido incriminatorio, también sobre este punto concreto y que ha consistido fundamentalmente en el informe pericial de la policía judicial, debidamente contrastado y la declaración de la testigo, que figura como administradora

única, de alguna de las sociedades que se utilizaron para la disposición de los fondos procedentes de la operación a la que venimos refiriéndonos.

En consecuencia todo el sustento del motivo, que debe circunscribirse exclusivamente a la existencia o inexistencia de actividad probatoria suficiente para superar las barreras protectoras de la presunción de inocencia, se ve desvirtuado por el análisis probatorio realizado por la Sala sentenciadora, por lo que nos remitimos a lo expuesto con anterioridad, para establecer, como conclusión, que tampoco en este caso, se ha vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

UNDECIMO Y DUODECIMO.- Examinaremos conjuntamente los mencionados motivos que se plantean al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración del precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia en relación con la operación Oil-Dor (falta de participación), y al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración del precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia en relación con la operación Oil-Dor (falta de participación en el destino de los fondos).

1.- Señala que la sentencia vulnera el derecho de la presunción de inocencia al condenarle como autor de un delito continuado de estafa, a pesar de la falta de prueba sobre la participación del recurrente en la operación, que sólo indiciariamente se justifica, sin prestar atención a la abundante prueba directa de descargo.

Da por reproducidos muchos de los argumentos del anterior motivo y reitera, que se han practicado numerosas pruebas directas de descargo, que se contraponen de forma abrumadora, a los someros indicios empleados en la sentencia para alcanzar un fallo condenatorio.

Señala que la sentencia dedica varios párrafos, a expresar el criterio judicial utilizado para atribuir al recurrente el control de las repetidas mercantiles y de los fondos

manejados por éstas. Sin embargo, en tales párrafos, se echa en falta un detalle, cuáles han sido los elementos de prueba que han permitido llegar a esa conclusión. Señala que esta ausencia de referencia probatoria, resulta llamativa cuando en relación con esos puntos se han producido una intensa actividad probatoria a lo largo del juicio oral, que ha sido ignorada por la Sala sentenciadora.

2.- Los motivos, como puede verse, invocan la aplicación del efecto exculpatario de la presunción de inocencia, en relación con la participación directa del recurrente en los hechos, que sirven de sustento a la calificación delictiva realizada por la Sala sentenciadora y proclama la ausencia de intervención alguna, en el reparto de los beneficios ilícitos que se derivan de la operación Oil Dor, que se considera como constitutiva de un delito continuado de estafa, en relación con lo sucedido en el Centro Comercial Concha Espina.

3.- Ajustándonos, una vez más, a los términos estrictos en que debe sustanciarse cualquier debate, sobre la existencia o inexistencia de actividad probatoria que pudiera resultar bastante para sostener una postura incriminatoria, frente a la tesis exculpatoria del acusado, debemos consignar que, para desmontar la postura de la defensa del recurrente, basta con examinar si la sentencia ha manejado elementos probatorios de cargo.

La propia parte recurrente admite, que el órgano juzgador ha fundamentado su decisión sobre pruebas válidas existentes en las actuaciones, pero considera que debe darse un valor prevalente e indiscutible a las manifestaciones del acusado, frente a las conclusiones obtenidas en la sentencia recurrida.

4.- La Sala sentenciadora ha realizado sus afirmaciones en orden a la participación del recurrente, basándose en una serie de pruebas que ha manejado de forma racional, lógica y alejada de cualquier vestigio de arbitrariedad o irracionalidad.

Nadie ha discutido que, como se afirma en la declaración de hechos probados, la sociedad Oil Dor se constituyó el día 6 de Marzo de 1.991, con un capital social de

10.000.000 de pesetas, que de manera directa o indirecta o a través de otras participaciones, tenían los hermanos García Pardo.

Tampoco se discrepa de la afirmación relativa a las relaciones existentes entre los hermanos García Pardo, el recurrente y otros dos acusados.

Existe constancia de las negociaciones, realizadas en el último trimestre del año 1.991, para la entrada de la Corporación Industrial Banesto en Oil Dor. También se dispone de prueba que acredita que, la valoración dada al negocio de dicha entidad, para concretar la entrada de la Corporación, fue asumida acríticamente por los acusados, sin tener en cuenta la realidad económica de la empresa, que en lugar de los beneficios gratuitamente calculados, arrojaba unas importantes pérdidas. Sobre esta base, la sentencia establece una conclusión irrefutable y contundente, derivada de estos hechos indiscutiblemente probados, en la que se afirma que resulta irracional que el recurrente y los otros acusados, asumieran la valoración dada a Oil Dor, faltando al deber de diligencia que tenían como administradores de la entidad, que iba a realizar la adquisición de acciones.

5.- También ha quedado acreditado, que tras la aprobación por la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto de la propuesta de invertir en Oil Dor, en la que tuvo una decisiva intervención el recurrente, éste llegó a un acuerdo con los hermanos Pardo para planear una ampliación de capital en el que Conde y Romaní suscriben 3.532 acciones por 33.300.000 a través de la Sociedad Montilsa y más de 100 acciones por 1.000.000 de pesetas a través de Servicios y Recursos (Apolo). Como señala el Ministerio Fiscal, el precio de la acción, hasta que las compró la Corporación Industrial Banesto era de 10.000 pesetas y que si, en ese momento, como parecía adecuado, el recurrente hubiera acordado la entrada de Banesto en Oil Dor, se hubiera adquirido el 50% en sólo 200 millones y no en 6.000.000.000 como resultó.

Es también un hecho incontrovertido que el recurrente ocultó a los demás miembros de la Corporación, que había tomado parte en la ampliación de capital de Oil Dor.

También se relata, con arreglo a una valoración probatoria lógica y racional, que el recurrente se valió de sociedades interpuestas que dominaba, consiguiendo junto con otro acusado, un beneficio personal de 866 millones de pesetas.

6.- Las afirmaciones que hemos venido consignando, se basan en inducciones valorativas ajustadas a las más estrictas reglas del análisis racional y lógico de los elementos probatorios, indiscutiblemente válidos, que ha manejado la Sala sentenciadora, por lo que no podemos, sino compartir las conclusiones fácticas establecidas sin que las argumentaciones vertidas por la parte recurrente, tengan consistencia suficiente, para anular lo decidido.

Los órganos juzgadores no gozan de una absoluta e incontrolable capacidad valorativa de las pruebas y, al mismo tiempo tienen la obligación de motivar y fundamentar sus conclusiones finales, ajustándose a lo que se deriva de la prueba disponible. En esta ocasión se ha ajustado de forma irreprochable a estos presupuestos y sus afirmaciones finales, sobre la participación del recurrente en la maniobra engañosa y en la disposición de los beneficios ilícitamente obtenidos, están avaladas por la prueba existentes y por las racionales valoraciones realizadas.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser **desestimados**.

DECIMOTERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de precepto constitucional en particular del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, en relación con la operación Oil-Dor (calificación de la operación como de alto riesgo).

1.- Señala que la sentencia lesiona el derecho del recurrente a la presunción de inocencia, al declarar infundadamente que el negocio adquirido por la Corporación Industrial Banesto, veía mermado su valor en razón de su carácter arriesgado. Tal pronunciamiento se lleva a cabo, en su opinión, de forma gratuita, sin justificar en modo alguno el iter lógico seguido para llegar a esa conclusión, despreciando los numerosos elementos probatorios que han acreditado el valor empresarial del negocio.

Discrepa de la evaluación del negocio de Oil-Dor realizada por la Sala sentenciadora, sobre la base de una foto-fija del mismo, influida por la contabilización formulada por los nuevos administradores de Banesto. Hace un análisis de los informes de valoración existente y considera que, sólo tienen virtualidad probatoria aquellos que son favorables a sus pretensiones.

2.- En este punto, la vulneración de la presunción de inocencia se centra exclusivamente en una declaración concreta de la sentencia, que afirma que la operación relativa a Oil Dor, cuyas vicisitudes han quedado transcritas en la resolución recurrida, era de alto riesgo, lo que tiene relevancia sobre la calificación jurídica de los hechos.

Sostiene que no existen elementos probatorios para declarar la operación de Oil Dor de “alto riesgo” y que los documentos que esgrime, deben prevalecer sobre los elementos probatorios utilizados por la Sala sentenciadora.

3.- Los datos fácticos que se incluyen en el apartado correspondiente a esta operación, ponen de relieve, de forma incuestionable, que, dada la realidad comercial y financiera de la entidad Oil Dor y sus perspectivas de futuro, cualquiera que se integrase en su accionariado asumía un alto riesgo.

Existen elementos probatorios sólidos e incontrovertibles para afirmar, como hace la sentencia recurrida, que las valoraciones del negocio realizadas a través de FG Inversiones Bursátiles, se realizaron por encargo de sus principales titulares y con vistas a la entrada de la Corporación Industrial Banesto. Todos los cálculos, excesivamente optimistas, se vinieron abajo y al final del ejercicio de 1.992 se contabilizaron pérdidas de 315 millones de pesetas.

La nueva valoración del negocio realizada por American Appraisal, se basó igualmente en la información de los gestores de Oil Dor, mientras que la realidad era muy diferente. El número de gasolineras que estaban previstas construir era mucho menor al de las proyectadas. Las previsiones de deuda bancaria cero, estaban tan alejadas de la realidad,

que no contaban con la existencia de unos riesgos asumidos con los bancos de 4.000 millones de pesetas, de los que correspondían al Grupo Banesto 2.333 millones de pesetas.

En cuanto al cálculo de recursos propios, que habían sido reflejados por American Appraisal en 2.514 millones de pesetas, eran a finales de 1.992, de 36 millones de pesetas. Ello obligó a tener que realizar una ampliación de capital de 7.000 millones de pesetas, de los que la Corporación Industrial suscribió el 83% mientras que los demás accionistas, representantes del 50% de la entidad, sólo desembolsaron el 17% de la ampliación, pese a lo cual al 31 de Diciembre, los recursos propios habían disminuido hasta 5.600 millones de pesetas.

4.- Parece indiscutible que, con estos antecedentes, un mínimo rigor analítico de los datos económicos de que disponía el recurrente, hubiera aconsejado que la entidad que representaban y dirigía, se abstuviese de entrar en el accionariado de una empresa que presentaba un cuadro tan negativo.

Ahora bien, sin entrar a valorar su conducta en este punto concreto, ya que no es objeto del debate, lo que nos corresponde afirmar tajantemente, es que la afirmación fáctica de la sentencia, al calificar la operación de entrada de la Corporación Industrial en el accionariado de Banesto estaba correctamente evaluada como de “alto riesgo”. En todo caso, esta apreciación forma parte de toda una descripción de acontecimientos encadenados que, por sí solos, son suficientes para realizar una adecuada calificación jurídica de los hechos que se imputan al recurrente.

En definitiva ha existido prueba válida y suficiente para incluir, en el hecho probado, el carácter arriesgado de la operación, por lo que no puede prosperar la pretensión esgrimida por la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley a tenor del art. 849.2º de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que se designarán más adelante, en relación con la denominada operación Cementeras (configuración como ajuste de cierre).

1.- Señala que, en las actuaciones existen documentos, que cita expresamente, que ponen de manifiesto el error de la sentencia al afirmar que el presupuesto de la operación Cementeras se basaba en que las sociedades hormigoneras fueran objeto de transmisiones, que permitieran cuadrar las diferencias producidas en los precios de las sociedades Cementeras que se habían repartido Banesto y la familia Serratosa.

En apoyo de su postura cita los folios 2.940 a 2.945 del Tomo XI de la pieza principal, los documentos obrantes al folio 2.971 (balance abreviado del ejercicio 1.990 de Prebetong del Este, en particular en cuanto a la indicación de los resultados del ejercicio de 1.998, con pérdidas por importe de 39.662.137 pesetas y de los resultados del ejercicio de 1.990 con pérdidas por importe de 52.442.245 pesetas), el folio 2.973 (memoria de Prebetong del Este, en particular el apartado 5 en la descripción de los fondos de dicha sociedad), el folio 2.977 (desglose del pasivo del balance de la sociedad Arids Hormigons S.A, en el particular de las pérdidas y ganancias correspondientes al ejercicio 1º.989 por un importe de 41.763.774 pesetas) y los folios 2980-2981 (memoria de Arids Hormigons S.A. en particular el apartado 6 en la descripción de los fondos propios de dicha sociedad).

2.- Los documentos invocados y que hemos reseñado con anterioridad, tienen el carácter de tales a efectos casacionales, por lo que pueden ser válidamente esgrimidos, con la pretensión de acreditar el error que se atribuye al juzgador.

El documento casacional, no sólo debe acreditar de forma indubitada el error del juzgador, sino que debe afectar a aspectos esenciales del relato fáctico, de tal manera que su variación o supresión, lleve aparejado un cambio efectivo en la calificación jurídica realizada por la Sala sentenciadora.

Al mismo tiempo, el documento debe servir para evidenciar el error del juzgador y no aparecer desmentido, matizado o corregido por otras pruebas de carácter contradictorio.

3.- Los documentos en los que se recoge el acuerdo entre las partes intervinientes, en la denominada Operación Cementeras, sólo sirven para acreditar la voluntad de ambos contratantes (familia Serratos y Banesto), para proceder a la división y compensación entre los Grupos intervinientes, sin que sea prueba indiscutible e indiscutida de los saldos que originaba a favor de la última de las entidades citadas.

Puede admitirse, en función de los documentos citados, que Prebetong Este, en lo que reflejan el balance abreviado del ejercicio de 1.990 y en particular el reflejo de los resultados negativos del ejercicio de 1.989 tenía pérdidas, así como el resultado de las pérdidas y ganancias del balance de Arids Hormigons.

4.- Ahora bien, el núcleo de la cuestión debatida, es si estos documentos sirven para acreditar el error que se atribuye por la parte recurrente al juzgador, al declarar que ambos acusados se apropiaron de una cantidad cifrada en 1.556 millones de pesetas, que pertenecían a Banesto como beneficio de la división del grupo cementero y las operaciones relativas a las hormigoneras.

5.- Si lo que se pretende demostrar es únicamente el punto, por otro lado circunstancial, de que el presupuesto de la operación Cementeras, se basaba en que las sociedades hormigoneras fueran objeto de transmisiones que permitieran cuadrar las deferencias producidas en los precios de las Sociedades Cementeras que se habían repartido Banesto y la familia Serratos, la Sala acude a varios testimonios que avalan las tesis de las acusaciones, según las cuales, el precio de la operación de recompra debía ingresar en Banesto.

Considera la sentencia, que las tesis de la acusación se encuentran avaladas por varios testimonios que, a juicio de la Sala, son verosímiles y revestidos de la objetividad

necesaria para su valoración como prueba. No es tarea de este recurso reproducir su contenido, sino constatar que la valoración es correcta y adecuada.

Además resulta inobjetable, que los valores dados a las sociedades hormigoneras, completan la operación, de tal manera que los netos resultantes se aproximarán a la cantidad de sesenta mil millones de pesetas.

En definitiva y a pesar de las operaciones sucesivas y a la intervención de sociedades intermedias, lo cierto e indiscutible es que la cantidad procedente de la plusvalía de 1.224 millones de pesetas, debían haber sido recibidas por Banesto y no por la sociedad Gay Cordon, que fue el cauce por el que el recurrente y el otro acusado obtuvieron la disponibilidad de las sumas mencionadas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOQUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., correlativo del motivo decimocuarto.

1.- De estimarse el precedente motivo decimocuarto desaparecería el presupuesto lógico e imprescindible para la tipificación de los hechos constitutivos de la operación Cementeras, como integrados en el tipo de la Apropiación Indebida.

2.- El motivo, como se desprende de su enunciamiento está enteramente subordinado al resultado del anterior, por lo que mantenida la relación fáctica, la calificación jurídica de los hechos debe permanecer inalterable.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba,

basado en documentos que obran en las actuaciones y que se designan más adelante en relación con la denominada operación Cementeras.

1.- Combate la afirmación de la sentencia, en la que se señala que el recurrente habría dispuesto de fondos de la sociedad Data Transmision System, a través de un cheque emitido con fecha 26 de Julio de 1.990 por importe de 40.000.000 de pesetas. El destino de esa cantidad habría sido la adquisición de la finca denominada “El Cuarto del Rincón”. A partir de esa declaración, la sentencia acuerda el comiso de la mencionada finca.

Acude a documentos que han sido designados en el momento oportuno y que demuestran, a su juicio, el error en que incurre la sentencia, al considerar que el 26 de Julio de 1.990 fue cobrado ese cheque para con su importe darle el destino señalado. A esos efectos los documentos determinantes, que acreditan tal error serían los obrantes a los folios 29.555 y 29.556 del tomo 107 de la pieza separada documental de la Instrucción (que recoge la transferencia realizada del 27 de Julio de 1.990 por importe de 80.000.000 de pesetas), el documento obrante en el folio 29.557 en el tomo 107 de la pieza separada documental de la Instrucción (que recoge la presentación al cobro de distintos cheques, en particular la fecha de presentación al cobro del cheque del Banco de Progreso por importe de 40.000.000 de pesetas que tuvo lugar el día 30 de Julio de 1.990).

2.- Con los documentos invocados, se pretende demostrar la existencia de un error en el relato fáctico, al afirmar que se dispuso de los cheques el día 27 de Julio de 1.990, cuando en realidad se presentaron al cobro el siguiente día 30.

A pesar de su postura reconoce que, existe prueba contradictoria que, en nuestra opinión, permite sostener lo declarado en la sentencia. Se dispuso del informe pericial de la policía judicial y además la declaración testifical del Director General de Banesto en Andalucía, en la que manifiesta que el día 27 de Julio de 1.990 recibió una transferencia telefónica desde la oficina principal de Banesto (Castellana 7), por un importe de 80 millones de pesetas, que debía preparar para su disposición en cheques de suma inferior a 500.000 pesetas (pág. 5.540 y siguientes del juicio oral). Estos cheques se entregaron a

Gonzalo del Río que sirvió de contacto, junto con el recurrente, para adquirir la llamada finca del “Cuarto del Rincón”.

De todas formas se ha reiterado por la jurisprudencia de esta Sala, que el error derivado del contenido de documentos contradictorios esgrimidos por la parte recurrente, tiene que ser relevante y esencial para la calificación del hecho jurídico, lo que no sucede en el caso presente.

3.- La sentencia dedica una especial atención a este punto, en el apartado 6 de la valoración de los elementos probatorios de que dispuso, en relación con toda las operaciones complejas que concurrieron en la denominación Operación Cementeras. Se basa para establecer sus conclusiones, en el informe de la Policía Judicial, cuyo miembro con carnet 13.627, compareció en calidad de testigo pues así se propuso por alguna de las partes (El informe obra a los folios 9743 y siguientes del Tomo XXXIII principal, ratificado posteriormente en el acto del Juicio Oral, pág. 6472 y siguientes del acta).

No vamos a reproducir íntegramente el razonamiento valorativo realizado extensamente por la sentencia recurrida, pero llamaremos la atención sobre la existencia de una abundante prueba documental y testifical, que corrobora y reafirma la declaración de hechos probados, frente a las alegaciones de error formuladas por el recurrente.

Se resalta que el informe policial ha realizado un seguimiento de los cheques, a pesar de que aparecían confundidos con otros, con la finalidad de ocultar su procedencia.

También se hace una detallada mención a los documentos acreditativos de que el recurrente y otro acusado, utilizaron cheques, cuyas fechas y cantidades se detallan, procedentes de la cuenta corriente de la Data Transmission System, que se utilizaron para pagar parte del precio convenido con los vendedores por la finca conocida por la Hacienda de los Melonares. Se destaca que, cuando un pago se hace con dinero “B”, que se mueve en la clandestinidad, no es extraño que las partes puedan simular un negocio jurídico, en este caso un contrato de opción, que dé cobertura meramente formal al pago. Se pone de relieve

que la tesis de la simulación contractual recobra fuerza, según el informe de la policía judicial que nos venimos refiriendo.

La Sala duda, en el uso de sus facultades de análisis racional de la prueba, de las versiones de los vendedores sobre la devolución de la cantidad de dinero (530 millones de pesetas) procedentes de la cuenta corriente de Data Transmission System.

Después de ocho páginas de la sentencia, dedicadas al examen exhaustivo de las pruebas disponibles, la afirmación de que el recurrente y el otro acusado se aprovecharon de los fondos que procedían de la operación cementeras, resulta incontrovertible e inatacable.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., como correlativo del motivo decimosexto denunciando la indebida aplicación del art. 127 del vigente Código Penal.

1.- La argumentación se basa en el error denunciado en el motivo anterior consistente en vincular la adquisición de la finca “El cuarto del Rincón” con fondos procedentes de la sociedad Data Transmission System y obtenidos en virtud de la denominada operación Cementeras. Estima que habiendo quedado acreditado, a través de los documentos indicados en el motivo anterior, que tal conexión no se da, desaparece el presupuesto sobre el que la sentencia acordó el comiso de la mencionada finca.

2.- La cuestión, que aparece estrechamente vinculada con la anterior, se plantea por la vía del error de derecho, por lo que, descartada la modificación del hecho probado en los términos que han sido anteriormente expuestos, permanece intacta e intangible la afirmación fáctica en la que se declara (apartado 9 del relato de la operación Cementeras), que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, se aprovecharon en su propio beneficio de fondos depositados en cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon.

Es necesario respetar íntegramente el hecho probado, por lo que no pueden alterarse las afirmaciones fácticas desarrolladas minuciosamente por la sentencia a lo largo de los números 1 a 7 del apartado 9 referido a la operación denominada Cementeras y que insisten, con profusión de detalles, en que la adquisición de la finca, “El Cuarto del Rincón”, única sobre la que recae el motivo, fue adquirida, con dinero procedente del delito de apropiación indebida, por el que condena la sentencia recurrida.

En los razonamientos jurídicos, se afirma que hay pruebas y así se declara, que las fincas agrupadas bajo la denominación “La Hacienda de los Melonares” y “El Cuarto del Rincón”, son bienes adquiridos con el producto del delito, por lo que procede el comiso.

Sin entrar de momento, en el fondo de la cuestión relativa a las consecuencias accesorias de la pena, que originan la pérdida de los efectos que provengan de los delitos y faltas, así como de las ganancias que hayan podido derivarse de las acciones penalmente ilícitas, cualquiera que hayan sido las transformaciones que hubieren podido experimentar, tenemos que hacer constar que, en relación con los términos estrechos en que se plantea este motivo existen, como ha quedado expuesto, las basas fácticas para acordar esta medida accesoria de la pena.

Se han relatado los elementos fácticos que permiten establecer una relación causal entre el delito calificado y el bien decomisado por lo que, desde la exclusiva perspectiva del error de derecho planteada por la parte recurrente, la decisión adoptada es ajustada a los presupuestos fácticos establecidos.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que se designarán más adelante, en relación con la denominada operación Centro Comercial Concha Espina.

1.- Combate la afirmación de la sentencia en la que se establece, en relación con la operación Concha Espina, que el recurrente, adquirió en un primer momento, el 29% de las cuentas en participación sobre el citado negocio inmobiliario a través de la sociedad Gestiesa. En el presente motivo se fundamenta en el documento nº 1 de los aportados con escrito de fecha 28 de Noviembre de 1.997 por la representación del acusado Arturo Romaní Biescas, al amparo del artículo 792.1º de la LECrim., consistente en un contrato de compraventa de acciones, de fecha 25 de Octubre de 1.991, entre GV Gestión S.A y Veliades Holding AG.

Señala que la sentencia no ha concretado la fecha de la adquisición inicial que lleva a cabo Gestiesa, ni la de la posterior cesión por ésta a favor de Montilsa y sostiene que obran en la causa, distintos elementos probatorios, que permiten poner en cuestión que tanto una como otra operación realmente sucedieran. Se apoya también en los informes periciales emitidos por los peritos del Banco de España (sin perjuicio de la alegación de nulidad expuesta en el motivo segundo) y por los peritos del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

2.- Como puede comprobarse por la lectura del apartado que antecede, el error de hecho se fundamenta esencialmente en el documento que, como número uno, acompaña al escrito de calificación y que lleva fecha 28 de Noviembre de 1.997. El documento contiene un contrato de compraventa de acciones que se celebra el día 25 de Octubre de 1.991 y por el que la Sociedad GV.GESTION (que había participado en la constitución de la Sociedad Montilsa SL el 31 de octubre de 1.990) vende, en la fecha anteriormente indicada, la totalidad del capital social de Montilsa S.L.

En consecuencia, estima que no puede ser cierta la afirmación fáctica, en la que se da por sentado que el día 5 de Noviembre de 1.991 (una vez que la Corporación Industrial había ya acordado la entrada en la estructura accionarial constituida en torno a la operación conocida como Centro Comercial Concha Espina), la Sociedad Montilsa SL, controlada por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, vendió el 29% que toma en las cuentas en participación a Dorna S.A., generando un beneficio al recurrente y al otro acusado de 985.016.900 millones de pesetas.

3.- Según el recurrente el documento, tantas veces citado, acredita el error del juzgador al declarar que Gestiesa adquirió el 29% de las cuentas en participación, sin desembolsar cantidad alguna por la cesión. No puede olvidarse que esta Sociedad Gestiesa, cedió posteriormente esta participación a Montilsa que es el último eslabón que materializa la venta y el beneficio antes aludido.

Esta tesis no puede prosperar, ya que el contrato que se invoca y que constituye el eje sobre el que se trata de construir el error de hecho del juzgador, no tiene entidad suficiente en sí mismo para sustentar de manera firme, inequívoca e incontrovertida, un error del juzgador.

Las cláusulas relativas a la inactividad de la sociedad, la entrega de 500.000 pesetas y a su retirada por la parte vendedora el día del contrato, no son más que manifestaciones de las partes contratantes que, en ningún momento tiene el valor necesario para fundamentar un error.

No deja de llamar la atención el hecho de que, sin razones económicas sólidas que lo justifiquen mínimamente, se produzca una frenética actividad creadora de documentos que, como pone de relieve la propia sentencia, se presentan con posterioridad al escrito de conclusiones, en el que se plasma la posición defensiva del recurrente.

Por último no puede olvidarse, que existen elementos probatorios válidos, tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, que evidencian que las afirmaciones fácticas combatidas son correctas y responden a una realidad que se induce de la valoración lógica y racional de la prueba manejada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMONOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., como correlativo del motivo decimoctavo.

1.- El presente motivo se plantea para el supuesto de que el precedente resultara estimado, por apreciarse error de hecho en la sentencia, al no haber tomado en consideración que Montilsa se encontraba totalmente inactiva hasta el 25 de octubre de 1.991, por lo que resultaba imposible cualquier acuerdo de cesión con Gestiesa materializado con anterioridad a esa fecha.

2.- El motivo decimonoveno tiene carácter subordinado y dependiente del anterior y si bien se plantea por la vía del error de derecho, tiene como objetivo fundamentar la equivocación sufrida por la Sala sentenciadora, al calificar como estafa, la intervención del recurrente en la denominada operación Centro Comercial Concha Espina.

Una vez que hemos mantenido en su integridad el relato fáctico, la adecuación de la respuesta jurídica que se da a las afirmaciones de la sentencia las trataremos cuando se nos plantee, en su integridad, la cuestión de fondo que afecta a la esencia de la modalidad del delito de estafa apreciado por la Sala sentenciadora.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2° de la Lecrim., por entender que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designarán más adelante en relación con las denominadas Operación Centro Comercial Concha Espina.

1.- Señala que el pronunciamiento condenatorio en la Operación Concha Espina se basa en la composición de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto y sobre la afirmación de que la conducta del recurrente habría producido un engaño suficiente, a efectos de la tipificación de dicha operación como una estafa. Frente a dicha afirmación se pone de manifiesto el error de hecho por medio del acta de la comisión Ejecutiva de la

Corporación Industrial Banesto de 26 de Septiembre de 1.991 (pieza separada documental de la instrucción tomo 41, folios 91 a 93).

En su opinión la contundencia de este documento, evita tener que profundizar en la exposición del error advertido en la sentencia. Este mismo error de hecho se reitera por la sentencia en relación con la operación Oil Dor, lo que da lugar al motivo vigesimocuarto.

2.- Centrándonos en los efectos que el documento invocado pudiera tener en relación con el relato de hechos, que afecta exclusivamente a la operación Centro Comercial Concha Espina, analizaremos lo que es más importante, es decir, su influencia sobre la calificación jurídica.

En el apartado 9 del relato fáctico correspondiente a este punto, se configura la composición personal de la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, celebrada el 26 de Septiembre de 1.991.

No conviene olvidar que esta reunión, como pone de relieve la impugnación del Fondo de Garantías de Depósitos, estuvo precedida por otra celebrada el día 10 de Julio del mismo año, en la que se realizó una presentación engañosa de la operación en relación con el esquema de acuerdo alcanzado con los hermanos García pardo, lo que constituye un antecedente probatorio que pudo ser evaluado conjuntamente por la Sala sentenciadora.

3.- Por lo que respecta al punto concreto de la composición de la Comisión Ejecutiva, en la reunión de 26 de Septiembre de 1.991, debemos declarar que la relación de las personas intervinientes, no es relevante ni trascendente en lo que se refiere al hecho esencial de la existencia de un engaño, cometido a través de la ocultación de los intereses personales que el recurrente y otros acusados, tenían en la operación al ser titulares ocultos de porcentajes en las cuentas en participación.

Aun admitiendo la alegación fáctica del recurrente, en el sentido de que el Vicepresidente de la Comisión Ejecutiva había delegado en el acusado su representación, lo

que no ha podido demostrar es que el representado tuviera conocimiento exacto de las operaciones, a las que se han hecho referencia, y que otorgara su consentimiento, a sabiendas de este dato, para que se consumase la participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina.

El engaño, a pesar de lo alegado por el acusado, es patente y resulta inamovible e inmodificable, que los acusados y entre ellos el recurrente, consiguieron la aquiescencia de todas las personas, que según el hecho probado, asistieron a la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación del día 26 de Septiembre de 1.991, ocultando que la inversión se haría adquiriendo cuentas en participación y no mediante la forma acostumbrada de adquisición de acciones.

En consecuencia no nos encontramos ante un autoengaño impune, sino ante un comportamiento falaz, respecto de los componentes de un órgano ejecutivo de una entidad financiera, para que se conformase una decisión inducida por el comportamiento de los acusados, que aparentaron una situación distinta de la que efectivamente representaba la realidad, consiguiendo, a consecuencia de ésta añagaza, el beneficio o lucro económico que se señala en el relato fáctico.

Es evidente que si los acusados hubieran mostrado y expuesto verazmente su posición en torno al Centro Comercial Concha Espina, la decisión no hubiera prosperado, ya que, en todo caso, hubiera puesto en marcha las previsiones del artículo 115 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ocasionando su nulidad por tratarse de un acto que lesiona, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, lo que trataron de evitar los acusados, con su maniobra de ocultación.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al tenor del párrafo 1º del art. 849 de la LECrim, denunciándose indebidamente aplicado el art. 250.6ª y 7ª con relación al art. 248 del Código penal vigente.

1.- El motivo se plantea para el supuesto de que prospere el precedente, en el que se denunciaba un error de hecho referido a la composición de la composición ejecutiva de Corporación Banesto.

2.- El motivo tiene un alcance limitado y está subordinado al resultado del anterior, considerando que la modificación del hecho solicitada y que ha sido rechazada, daría lugar a la inexistencia del delito de estafa del artículo 250.6ª y 7ª en relación con el artículo 248 del Código Penal vigente que ha sido finalmente la calificación jurídica adoptada por la Sala sentenciadora. No entramos en este momento en la cuestión de fondo sobre la tipificación más adecuada para los hechos que se han descrito con anterioridad, ya que este punto concreto se plantea, más adelante, en el motivo trigesimosegundo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender esta parte que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante en relación con las denominadas operación Centro Comercial Concha Espina y en relación con la operación Oil-Dor.

1.- Afirma que la sentencia incurre en error cuando establece, en relación con la operación Cementeras, que el recurrente se lucró con bs fondos obtenidos en la operación en virtud del préstamo que recibió el 17 de Marzo de 1.994 de la Sociedad Montilsa por importe de 140.000.000 de pesetas al afirmar que no se ha acreditado el reembolso del principal intereses del préstamo.

Como documentos acreditativos del error señala el documento nº 38 aportado con el escrito de defensa del recurrente (Tomo XLV folios 13.989 a 13.996)de fecha 19 de Julio de 1.996 en el particular obrante al folio 13.993 correspondiente al modelo 193 acreditativo de liquidación de retenciones por pago de intereses entre otros a las sociedades Montilsa y Gay Cordon S.L.

Estima que este error en la apreciación de la prueba tiene especial importancia, en relación con la condena que se impuso al recurrente por las denominadas Operación Concha Espina y Oil-Dor.

2.- En relación con las Operaciones Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, la sentencia afirma tajantemente, por lo que respecta a la primera, que el recurrente y Arturo Romaní vendieron a través de este último, el 29% de las cuentas en participación a Dorna S.A por un precio de 1.103.218.928 de pesetas, de las que 118.200.029, correspondían al IVA. Declara asimismo que los dos acusados mencionados, a través de Montilsa, consiguieron un beneficio de 985.016.900 pesetas en cuanto habían obtenido gratuitamente la participación en el negocio.

Por lo que se refiere a la Operación Oil Dor, después de relatar minuciosamente todas las vicisitudes de su participación en los hechos, declara de forma clara y contundente que “de acuerdo con el plan establecido por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, el 30 de Junio de 1.992, la Sociedad Montilsa vendió a la Sociedad Redivere, de la familia García Pardo su participación en Oil Dor, a un precio de 270.000 pesetas la acción (en total 899.640.000 pesetas). De este modo los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, a través de Montilsa, obtuvieron un beneficio de 866 millones de pesetas”.

3.- Lo que se pretende acreditar con el documento invocado, es que la entrega de 140 millones de pesetas por Montilsa al recurrente, lo fue en calidad de préstamo, lo que desvirtúa, en parte, lo anteriormente relatado.

La sentencia reconoce que de la Sociedad Montilsa salieron 140 millones de pesetas, en forma de préstamo, a la cuenta abierta a la Sociedad Mobiliaria de Castilla, más otros cuarenta millones de pesetas procedentes de Gay Cordon. Este dinero habría sido ingresado en una cuenta corriente abierta en el Banco Urquijo a nombre de Mario Conde.

En el apartado 12 del relato de hechos, referente a la operación Concha Espina, después de admitir como probado que dos cheques de un importe conjunto de 140 millones

de pesetas, procedentes de Montilsa fueron ingresados en la cuenta corriente 00001501844 del Barclays Bank, abierta a nombre de Sociedad Mobiliaria de Castilla S.L., sociedad propiedad de Mario Conde, también declara probado que otros tres cheques, que ascienden a 180 millones de pesetas, fueron recibidos por Mobiliaria de Castilla, procedentes de Gay Cordon y Montilsa y, que posteriormente se dispuso de esa cantidad mediante un cheque que fue ingresado en la cuenta de crédito 3000275.1 abierta en el Banco Urquijo a nombre de Mario Conde.

4.- A continuación afirma la sentencia que no se ha acreditado que esta cantidad hubiera sido devuelta a Montilsa, ni que se hubieran pagado intereses como precio del préstamo.

Admitiendo el carácter documental, a efectos casacionales, del instrumento al que alude el recurrente, resulta evidente que, el examen de su contenido, nos permite afirmar tajantemente, que no tiene virtualidad probatoria de suficiente entidad como para evidenciar el error del juzgador.

El documento consiste en un impreso de declaración a la Hacienda Pública (modelo 193) de fecha de 19 de Julio de 1.996, es decir, muy posterior a los hechos que se trata de combatir, e incluso a la fecha de incoación de esta causa.

En dicho documento la Sociedad Mobiliaria Castilla que, como se ha dicho, era propiedad del recurrente, hace la mencionada declaración, deduciendo el pago de los intereses del préstamo que el recurrente afirma que había recibido de Montilsa. Aun admitiendo en parte y de forma hipotética la realidad de su contenido, lo que no se puede sostener, es que dicho impreso demuestre inequívocamente que la cantidad prestada fue devuelta.

Por otro lado, no se puede olvidar que se trata de una declaración de parte interesada a la Hacienda Pública, que ésta dio por buena sin realizar ninguna averiguación sobre su realidad. Una vez más hemos de repetir que, documentalmente no sólo no

evidencia de forma incontrovertible el error del juzgador, sino que debemos añadir que existe un gran cúmulo de pruebas de sentido contradictorio, que han sido tenidas en cuenta por la Sala sentenciadora, como el informe de la policía judicial, la declaración testifical de Elena García Baquedano, persona de confianza de Arturo Romaní y la propia manifestación del recurrente, admitiendo haber recibido las cantidades anteriormente mencionadas.

Si lo que se pretende acreditar es que no es cierta la afirmación de que el acusado, tenía el dominio efectivo y real de las Sociedades Montilsa y Gay Cordon, el documento invocado resulta totalmente inoperante, ya que para nada afecta a este punto, y por otro lado, existen multitud de pruebas indiciarias que, racionalmente valoradas, han llevado a la Sala sentenciadora a declarar de forma irrefutable que no sólo existía esta titularidad real, sino que se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Montilsa.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., denunciando la indebida aplicación de los artículos 250.6ª y 7ª en relación con el art. 348 del vigente Código Penal (Operación Concha Espina) y del art. 529.7ª con relación al art. 528 del derogado Código Penal texto refundido de 1.973 (Oil-Dor).

1.- Se remite al precedente motivo en el que, en su opinión, se ha acreditado que la sociedad mobiliaria de Castilla satisface las cantidades correspondientes al préstamo que con fecha 17 de Marzo de 1.994, recibe de Montilsa S.L, dado que ese préstamo es la única cantidad que la sentencia declara que había sido recibida por el recurrente de los fondos procedentes de la operación Concha Espina y de la operación Oil-Dor. En su opinión el hecho de que el recurrente restituyera ese préstamo, descarta la concurrencia de un delito continuado de estafa, para cuya realización, el dominio por parte de Mario Conde, de Montilsa S.L habría sido un elemento decisivo.

2.- La parte recurrente vuelve a insistir en que no participó en todos los momentos de la operación penalmente relevantes, debido a la ausencia total de participación en relación

con la adquisición de cuentas en participación o de acciones a través de la Sociedad Montilsa, con la finalidad de su posterior venta a la Corporación Banesto.

En consecuencia, estima que no tiene responsabilidad en la causación de eventuales perjuicios derivados de ambas operaciones a dicha entidad y que además no ha existido enriquecimiento ilícito, ni del acusado ni de personas físicas o jurídicas vinculadas con el mismo a través de Montilsa.

Por ello, estima que no existen los elementos básicos que integran la figura de estafa como delito patrimonial y se remite a lo expuesto en el motivo decimotercero, insistiendo en que, la concurrencia del perjuicio en el sujeto pasivo debe producirse necesariamente como consecuencia directa del engaño, entendido siempre de acuerdo con una causación mixta; el ánimo de lucro; y, como es lógico, la participación del sujeto activo en la ejecución del comportamiento típico descrito en el delito patrimonial examinado.

3.- El motivo, a pesar de canalizarse por la vía del error de derecho, introduce una serie de variantes en la declaración del relato fáctico, lo cual podría haber dado lugar a su inadmisión, pero una vez superado este trámite, debemos contestar que se dan los elementos necesarios para la existencia del delito de estafa, no solamente por la maniobra engañosa que constituye la esencia de esa figura delictiva y que aparece inequívocamente descrita, sino también por la participación directa y principal del recurrente en toda la secuencia de la operación, desde su puesta en marcha hasta la obtención del beneficio personal, que ha quedado perfectamente materializado al estudiar el anterior apartado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOCUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante en relación con la denominada operación Oil-Dor.

1.- Señala que la sentencia impugnada lleva a cabo un pronunciamiento condenatorio en la Operación Concha Espina sobre la base de que, en razón de la composición ejecutiva de la Corporación Banesto, la conducta del recurrente habría producido un engaño suficiente a efectos de la tipificación de dicha operación como una estafa. Frente a dicha afirmación, se señala el acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto de 2 de Abril de 1.992 (pieza separada documental de la Instrucción Tomo 41, folios 136 a 138), como documento acreditativo del error en que ha incurrido la Sentencia en dicho apartado.

2.- La cuestión ya ha sido planteada en el precedente motivo vigésimo y hace referencia a la composición de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, en la reunión celebrada el 2 de Abril de 1.992. Se vuelve a insistir en considerar, como error esencial, la atribución al Sr. Albiñana la condición de miembro de la Comisión Ejecutiva, cuando realmente era Secretario y Letrado asesor de la misma. Se trata de demostrar que a la reunión asistió un total de cinco Consejeros, siendo mayoría los tres acusados y condenados, añadiendo además que el recurrente llevaba la representación del Sr. Masaveu y de los Consejeros Sres. Albaitua y Lasarte, lo que en su opinión significa que eran mayoría a la hora de votar en sentido favorable al acuerdo autorizando la inversión en Oil Dor S.A, solicitando la corrección del relato fáctico en el sentido indicado.

3.- El documento aportado no introduce ninguna variante esencial, que obligue a modificar el relato de hechos probados, ya que su contenido mantiene sustancialmente el sustento fáctico que ha servido para la calificación de los hechos como un delito de estafa.

La Sala sentenciadora dispuso de una abundante prueba que permite mantener, en sus mismos términos, el relato de hechos probados, entre ellos, el acuerdo de aprobación de la incorporación de la integración de la Corporación Banesto en la estructura accionarial de Oil Dor, acordada el 12 de Mayo de 1.992, así como de actas posteriores, en las que consta una composición mayoritaria de vocales, que no participaron en la maniobra engañosa.

En todo caso, la determinación de la existencia del engaño, no viene condicionada por la composición de la Comisión Ejecutiva, sino por las afirmaciones mendaces y los datos falsos que se proporcionan a dicho órgano con objeto de que no surgieran problemas, en orden a la aprobación de lo que se presentaba como una operación beneficiosa por parte de los acusados, que silenciaban su interés personal y el lucro propio que les proporcionaba.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOQUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., como correlativo del motivo vigésimocuarto, denunciándose la infracción del art. 529.7ª con relación al artículo 528 del derogado Código Penal, texto refundido de 1.973 que se estima indebidamente aplicado.

1.- Partiendo del error de hecho anteriormente invocado, sostiene que la composición numérica del comité ejecutivo de la Corporación Banesto, permitía a los acusados, personalmente a través a través de la representación de otros, la posibilidad de adoptar un acuerdo válido.

2.- Sustancialmente se trata de sostener que el engaño tiene una estructura bilateral, es decir, presupone la nítida distinción, e incluso contraposición, de las dos partes, el sujeto activo y el sujeto pasivo. No habría engaño, ni, por tanto delito de estafa, si falta tal alteridad, puesto que nadie puede ser a la vez sujeto activo y pasivo, y nadie puede engañarse a sí mismo, vuelve a insistir que los acusados contaban con la mayoría social necesaria para adoptar el acuerdo que autorizó la inversión en Oil Dor en la sesión del día 2 de Abril de 1.992 de su Comisión Ejecutiva. Desaparecida la tipicidad por la inexistencia del autoengaño quedan excluidos también el error, el acto de disposición y el perjuicio que exige el tipo penal.

3.- Manteniéndonos en la integridad del hecho probado por no afectar, como ya hemos dicho a cuestiones sustanciales, la tesis jurídica que se sostiene por la parte

recurrente respecto de la atipicidad de la conducta por la inexistencia de un engaño suficiente de carácter bilateral, será contestada al abordar el fondo de la cuestión que, de una manera más específica, se plantea en el motivo 32.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente aplicado el art. 535 del Código Penal de 1.973, con relación a los arts. 529.7ª y 528 del derogado Código Penal.

1.- El motivo se refiere fundamentalmente a la Operación Cementeras y sostiene que el tipo penal de la apropiación indebida exige, en cuanto a su dinámica comisiva, la previa tenencia o posesión del objeto material por parte del infractor que ha de recibir éste de la persona del sujeto pasivo del delito, en virtud precisamente de alguno de los títulos jurídicos que obliga a entregar o devolver según establece el art. 535 del Código Penal de 1.973.

En su opinión, ninguna de las dos exigencias se cumplen en el caso de autos, en relación con el recurrente, en cuanto que la previa posesión del objeto material por parte del sujeto activo no se da en ninguna de las dos fases de la controvertida operación Cementeras. En efecto, en el primer momento de la operación, el acusado no recibe de Banesto los fondos o efectos distraídos para su administración, sino que Gay Cordón compra a Beta Cero las cuatro sociedades hormigoneras, lo que implica que las adquiere en propiedad por un título que transmite el pleno dominio y no obliga desde luego a entregar y devolver las mismas.

También señala que, en la segunda fase, las Sociedades Gay Cordón y Data Transmision Systems reciben determinados fondos de terceros –no de Banesto- y materializan las correspondientes plusvalías con cargo también al patrimonio de éstos terceros, no de Banesto. Son pues el grupo Valenciana y Portlan Iberia, -no Banesto ni Beta

Cero-, quienes generan los sobrepagos y plusvalías, de quienes reciben los fondos Gay Cordon y Data Transmission System y quienes hacen frente al pago de aquellas.

Por lo que se refiere a la intervención del recurrente en los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida, el relato de hechos probados de la sentencia que se impugna, no permite fundamentar la misma al no constar en absoluto su participación personal y establecer la propia sentencia que quien tenía el control efectivo de las sociedades Gay Cordon y Data Transmission System, era el otro acusado Arturo Romaní.

2.- En un solo motivo se plantean dos diferentes cuestiones, una la relativa a la existencia del delito de apropiación indebida y, otra, relacionada con la directa participación del recurrente en los hechos constitutivos del mencionado tipo delictivo. Parece que, con ello se viene a admitir dialécticamente, la existencia de la figura delictiva si bien, se contraargumenta sosteniendo que el autor era el otro acusado, Arturo Romaní, que tenía el control efectivo de las sociedades Gay Cordon y Data Transmission System. Asimismo sostiene que no ha habido empobrecimiento del sujeto pasivo, por lo que al no existir perjuicio, carece también de tipificación la conducta atribuida al recurrente.

3.- La sentencia recurrida, en el apartado relativo a la operación Cementeras, después de realizar un minucioso y cronológico relato de todas las operaciones que llevaron a la división y adjudicación del grupo y a la participación de Banesto en el precio total satisfecho por la compra, afirma de manera tajante y clara que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las Hormigoneras, para hacer llegar determinados fondos, que de no intervenir los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito a las Sociedades Gay Cordon y Data Transmission System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con ese fin. Continúa relatando las sucesivas transmisiones y en el apartado 9, de forma también concluyente, afirma que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní se aprovecharon en propio beneficio de fondos depositados en cuentas corrientes de Data

Transmision System y Gay Cordon, describiendo minuciosamente la forma en que se dispuso de esas cantidades por el recurrente.

4.- Conviene resaltar, una vez más, que el recurrente, según se dice entre otros en el apartado primero del relato de hechos probados, era Presidente del Banco Español de Crédito S.A y tenía facultades de disposición concedidas por razón de su cargo, lo que le atribuye sin lugar a dudas, la condición de Administrador de todos los bienes que por unas u otras razones, entrasen en la entidad bancaria, aunque dada la complejidad de una entidad de estas características, existieran muchas otras personas que tuviesen como función realizar materialmente la gestión directa de los bienes.

En consecuencia el precio derivado de la opción de recompra de las sociedades Ariforsa y Prebetong Este, que había adquirido inmediatamente antes por un precio mayor que el de adquisición, ingresó en el patrimonio de Beta Cero S.A, en el mismo momento en que se materializó dicha opción y no puede olvidarse que según el relato de hechos probados, Beta Cero S.A., era una sociedad participada en un 88% por Banesto y en el resto por la Sociedad Lombardía y Lacaci, luego resulta incontrovertible que se trataba de un patrimonio que pasaba a ser administrado por el recurrente en su condición de Presidente y Administrador de Banesto, por tanto las operaciones realizadas por Gay Cordon al comprar de Beta Cero las cuatro sociedades Hormigoneras y el derecho de opción de recompra ya ejercitado, lo que hacen es extraer de una sociedad controlada y dirigida en todo por Banesto y por tanto por el recurrente, una serie de beneficios que pasan también a otra sociedad distinta, pero de la titularidad y control del acusado y Arturo Romaní, consumándose de esta forma la apropiación de los fondos.

5.- En relación con la participación del recurrente en los hechos, que como ya hemos dicho se admiten como delictivos, no se puede olvidar que la sentencia afirma reiteradamente que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní actuaron con el propósito de procurarse un ilícito beneficio y que se aprovecharon de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmision System y Gay Cordon.

Desde una perspectiva dogmática, ello supone que esta conducta puede ser incluida tanto en el art. 14.1 del Código Penal de 1.973 en el que se consideraba como autor a los que tomaban parte directa en la ejecución del hecho, como en el art. 28 del Código Penal vigente, en el que se hace referencia a realizar el hecho conjuntamente.

Con arreglo a la teoría del dominio funcional del hecho, es evidente y así se desprende, no solamente del relato de hechos que describe la operación concreta que estamos examinando, sino de todas las referencias que a lo largo de las diferentes operaciones examinadas, ponen de relieve las estrechas relaciones personales entre ambos acusados. Desde una perspectiva formal y en atención a la realidad aparente, que se derivaba de la instrumentalización documental y registral de las sociedades, pudiera afirmarse que el ejecutor material de los últimos detalles, fuese el acusado Arturo Romaní, pero desde la búsqueda de la verdad material a la que nunca debe renunciar el proceso penal, por ser la esencia de su naturaleza, no cabe ninguna duda de que el recurrente tenía, no sólo el dominio funcional, sino incluso la capacidad y autoridad necesaria para que los planes delictivos, no se hubieran llevado a efecto, y no solamente no actuó así, sino que como ya se ha dicho, participa de manera clara en el lucro derivado de la operación relatada.

6.- En relación con las alegaciones relativas a la inexistencia de empobrecimiento en el sujeto pasivo, debemos consignar, como se hace en la impugnación realizada por el Fondo Nacional de Garantías, que es necesario distinguir entre el momento consumativo de la apropiación indebida y el agotamiento del delito, ya que el efecto sustancial de la apropiación se produce cuando los administradores y responsables de Beta Cero S.A (entre los que se encuentra el acusado), ordenaron la venta a Gay Cordon de las Sociedades Hormigoneras, por un valor convencional inferior al del mercado, siendo posteriormente en la fase de agotamiento cuando el acusado rentabiliza en provecho propio la operación al vender las hormigoneras a Portland Iberica. De esta manera se genera una plusvalía para Data Transmision y en consecuencia para los acusados, que utilizaban esa sociedad como pantalla, de 1.224.500.000.000 de pesetas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Lecrim., denunciándose la aplicación errónea del art. 535 en relación a los arts. 529.7ª y 528 del Código Penal y consiguiente inaplicación del art. 546 bis a) del mismo texto legal (art. 298.1 del vigente Código Penal) solicitando la aplicación del delito de receptación.

1.- Sostiene que la narración de hechos probados sólo hace constar la existencia de un plan o acuerdo previo entre el recurrente y Arturo Romaní, sin relatar la concreta participación de Mario Conde en la ejecución del común concierto, bien personal, bien a través de sociedades instrumentales que pudiera controlar. La sentencia describe la intervención exclusiva del otro acusado Arturo Romaní, quien según el relato fáctico interviene personalmente o a través de sociedades cuyos administradores siguen instrucciones del mismo, en todas las fases de la operación Cementeras, objeto del presente motivo de casación, en las negociaciones, en la adopción de las pertinentes decisiones, en la materialización e instrumentalización de éstas.

En su opinión, la conducta del recurrente, descrita en el relato de hechos probados de la sentencia, constituye antes bien un delito de receptación, penado en el art. 546 bis a) del Código Penal de 1.973 (art. 298.1 del Código vigente), delito por el que no fue acusado.

2.- Se respeta el relato de hechos probados que han llevado a la Sala sentenciadora al calificar las afirmaciones fácticas sobre la operación Cementeras, como un delito de apropiación indebida, pero carga toda la responsabilidad penal a título de autor sobre el otro acusado Arturo Romaní, sosteniendo, como alternativa, que el recurrente sólo puede ser considerado como sujeto activo de un delito de receptación, penado en el artículo 546 bis a) del Código Penal de 1.973 (artículo 298.1 del Código vigente), delito por el que no fue acusado y, por tanto no puede ser condenado sin vulnerar el principio acusatorio.

3.- El delito de receptación, en su versión derogada del artículo 546 bis a) del Código Penal de 1.973, centraba el núcleo del tipo delictivo en el hecho de aprovecharse de

los efectos provenientes de un delito contra los bienes, siempre que el sujeto activo tuviere conocimiento de su procedencia, sin que fuera necesario que supiese todos los antecedentes y detalles del hecho delictivo contra la propiedad del que procedían los bienes.

El vigente artículo 298.1 introduce algunos matices, aludiendo a un evidente ánimo de lucro, que estaba implícito en la anterior versión, añadiendo como conductas típicas, la ayuda a los responsables del delito para que se aprovechen de los efectos del mismo, así como la recepción, la adquisición o la ocultación de los efectos procedentes, tanto de delitos contra el patrimonio como contra el orden socioeconómico.

Como elemento negativo del tipo, exige que se trate de una persona que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice.

4.- Como ya hemos indicado, al contestar a motivos anteriores, el sustento fáctico de la sentencia, que sirve de apoyo para imputar al recurrente el delito de apropiación indebida a título de autor, no deja resquicio alguno para incluir los hechos en la figura secundaria y residual de la receptación.

El recurrente era el Presidente y responsable máximo de la gestión de Banesto, que fue la entidad que llegó a un acuerdo con la familia Serratosa sobre la escisión del grupo Cementero, mediante la división y adjudicación recíproca de las sociedades que lo componían. De ello resulta que su protagonismo, no sólo fue directo y decisivo desde los comienzos de las complicadas operaciones que consuman el delito de apropiación indebida, sino que continuó a lo largo de todos los intercambios y ventas de acciones, a través de las numerosas sociedades instrumentales, que tratan de difuminar el seguimiento del dinero que le correspondía a Banesto.

La participación del recurrente a título de autor, que excluye por tanto la posibilidad de considerarle como un receptor, aparece reflejada, como ya se ha dicho, en afirmaciones tajantes del relato fáctico que le atribuyen, junto con Arturo Román, el propósito de aprovecharse de la operación de las hormigoneras, para procurarse un ilícito beneficio. No es necesario insistir en que se le atribuye de manera directa el

aprovechamiento, en propio beneficio, de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon.

En consecuencia su intervención y participación ha sido indiscutiblemente como autor, en la ejecución material del hecho delictivo que se le imputa.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., estimándose infringido el art. 24 del Código Penal de 1.973 (art. 2.2 del Código Penal vigente) con relación al art. 295 del Código Penal de 1.995 indebidamente preterido al aplicar la sentencia el art. 535 del Código Penal de 1.973.

1.- El motivo sostiene la tesis de que entre dos preceptos de muy distinto ámbito temporal, como lo son el art. 535 (Código Penal de 1.973) y el art. 295 (Código Penal de 1.995), sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que, excepto en el caso de la ultractividad de las leyes temporales (art. 2.2 del vigente Código Penal), nuestro Código resuelve a favor de la ley penal posterior más benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad (art. 24 del Código Penal de 1.973 y art. 2.2 del Código Penal vigente).

Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del art. 535 (Código Penal de 1.973) y sí por el contrario en el art. 295 (Código Penal vigente), procede la aplicación retroactiva de éste último por ser Ley posterior más favorable al reo a tenor de lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal de 1.973 y 2.2 del vigente.

2.- La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 529.7ª y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al art. 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (art. 535 del Código Penal texto refundido de 1.973)

a tenor de lo dispuesto en la regla IV del artículo 8 del Código Penal vigente (relación de alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3.- La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de Febrero de 1.998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso Argentinia Trust y en ella se afirma, que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535, no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295, si no por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud, -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-, que tenía en el Código Penal de 1.973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4.- Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquél caso concreto a la cuestión planteada, creemos que debe hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que

directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triplo de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5.- Por último cuando el administrador, prevaleciéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6.- Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de

apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMONOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha interpretado erróneamente a los efectos agravatorios la circunstancia 7ª del art. 529 en relación con el art. 528 del Código Penal de 1.973 vigente al momento de los hechos enjuiciados.

1.- Rechaza la aplicación de la circunstancia agravante específica 7ª del art. 529 del Código Penal, texto refundido de 1.973, por la que la sentencia impugnada, al no concurrir circunstancia genérica modificativa alguna de la responsabilidad criminal, aplica la pena de prisión menor en su grado medio. Esto es la pena máxima que podía imponer de acuerdo con la regla 4ª del art. 61 del mencionado Código Penal.

Considera que tal interpretación vulnera el tenor literal del art. 528 del Código Penal ya que el efecto agravatorio que el juzgador de Instancia otorga indebidamente a la regla 7ª del artículo 29, debe entenderse reservado en que concurren “dos circunstancias agravantes o una muy cualificada” lo que no sucede en el caso de autos.

2.- El delito de apropiación indebida, así como el de estafa, contempla la posibilidad de la concurrencia de determinadas circunstancias que en atención a la naturaleza de los bienes afectados, a la clase de actividad realizada, a las circunstancias personales de la víctima y al valor de la defraudación o apropiación, permiten la agravación de la pena básica, pudiéndola imponer en el grado superior si concurren dos o más circunstancias o una sola muy cualificada.

Para aplicar la modalidad agravada, es necesario que en el relato fáctico, existan datos suficientes para que la evaluación de una cantidad apropiada o estafada como muy cualificada, responda a una incuestionable entidad del beneficio propio obtenido por el delito.

Al encontrarnos con una indeterminación cuantitativa por parte del legislador, la jurisprudencia ha tenido que ir ajustando sus resoluciones en función de diversos parámetros, entre ellos los indicadores económicos del momento en que los hechos se hayan cometido. Ello ha llevado a una línea doctrinal en la que, sin desconocer los factores subjetivos del hecho, dan una especial relevancia a la cuantía de lo apropiado en cuanto que ello supone un enriquecimiento ilícito del sujeto activo.

3.- La sentencia recurrida, afirma y esta declaración resulta inmodificable, que los acusados Mario Conde y Arturo Román se aprovecharon en propio beneficio de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon. A continuación y de manera minuciosa, va relatando cómo los acusados materializaron ese beneficio por medio de sucesivas emisiones de cheques, adquisiciones e ingresos en otras sociedades.

Sumando todos los beneficios obtenidos la sentencia, en los razonamientos jurídicos, llega a la conclusión de que la cantidad apropiada ha llegado hasta la suma de 1.556 millones de pesetas, lo cual debe tenerse en cuenta, como es lógico, a la hora de fijar la pena.

Si tenemos en cuenta la jurisprudencia de esta Sala que por esas fechas establecía la agravación muy cualificada en 6.000.000 de pesetas y que se ha mantenido sin prácticamente variaciones, no existen dudas ni dificultades para estimar que, en el caso que nos ocupa, la estimación de la concurrencia de la circunstancia 7ª del artículo 529, en relación con el artículo 528 del Código Penal de 1.973 y su aplicación para subir la pena básica en un grado está perfectamente justificada.

Si tomamos como referencia la actual redacción del artículo 250.6ª y consideramos también la situación económica en que se deja a la víctima, también llegaríamos a la misma conclusión ya que estas y otras operaciones, que han sido objeto de enjuiciamiento, colocaron a la entidad bancaria al borde de su desaparición.

Como dice acertadamente la sentencia recurrida, debe tenerse en cuenta que el perjuicio afecta no sólo a un patrimonio individual o colectivo, sino que de forma expansiva lesionó el orden económico y el normal desarrollo del sistema financiero, fallando además a los deberes de lealtad que le correspondían como Presidente de una entidad bancaria.

En consecuencia y por aplicación de lo establecido en la regla 4ª del artículo 61 del antiguo Código Penal y en atención a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, la pena de prisión menor en su grado medio, está correctamente establecida.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de ley denunciándose la interpretación errónea del art. 14.1º del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 528, 529.7ª y 535 del mismo texto legal (art. 28 en relación con los

arts. 250 y 252 del vigente Código Penal) y la indebida inaplicación del art. 16 del Código Penal (hoy artículo 29).

1.- Sostiene que la conducta del recurrente, tal como se describe en el relato fáctico, sólo puede constituir un supuesto de complicidad o cooperación no necesaria al delito de apropiación indebida y no de coautoría, como erróneamente decide la sentencia recurrida. En su opinión el protagonismo y la intervención exclusiva pertenece al otro acusado Arturo Romaní, quien interviene de forma personal en la negociación y desarrollo de todas las operaciones controvertidas y controla, siempre según el fallo que se impugna, las sociedades a través de las cuales se distrajeron los fondos e hicieron posible la ilícita disposición de los mismos.

En su opinión, la mera existencia de un concierto o acuerdo previo, no puede determinar la condición de coautor, cuando la contribución personal a la ejecución del delito de apropiación indebida, carece de la relevancia causal necesaria para merecer tal rango.

2.- El motivo es una variante de una cuestión anterior que, admitiendo la existencia de un delito de apropiación indebida, sostenía que la participación del recurrente lo había sido a título de receptor.

En el motivo presente la alternativa consiste en mantener que su intervención en los hechos, debe ser considerada como de mero cómplice o cooperador no necesario.

Volviendo a remitirnos al preciso y detallado contenido del relato fáctico para evitar innecesarias repeticiones, encontramos datos y afirmaciones incontrovertibles que ponen de relieve el protagonismo decisivo del recurrente en todas las maniobras consumativas de la apropiación indebida, no sólo por su condición de Presidente de la entidad bancaria que intervenía en la operación de escisión y división de la Cementeras, sino por su vinculación y estrecho acuerdo con la persona que, siendo su subordinado, iba a intervenir, en nombre del banco, en todo el proceso de negociación con la otra parte interviniente utilizando además sociedades instrumentales que dirigía y controlaba, para la materialización de la apropiación definitiva de los beneficios generados para el banco.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOPRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por infracción de ley denunciándose la infracción de la regla 4ª del art. 61 del Código Penal de 1.973 erróneamente interpretada por el Tribunal “a quo”.

1.- Reconoce que el fallo impugnado calificó la apropiación indebida con arreglo a la circunstancia 7ª del art. 529 en relación con el 528 en consideración a la especial gravedad atendido el valor de la defraudación. Sin embargo discrepa al señalar que, la regla 4ª del art. 61 del Código Penal, hace depender, en términos preceptivos, la imposición del grado mínimo o máximo de la pena de “la menor o mayor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente” esto es, confiere al juzgador unas facultades “regladas en orden a la individualización de la pena cuyo ejercicio puede revisarse en casación a tenor de la más reciente doctrina jurisprudencial.

2.- Como puede verse en este punto concreto plantea la incorrecta interpretación de la regla 4ª del artículo 61 del Código Penal de 1.973.

Estima que las facultades de individualización de la pena son regladas, por lo que cabe su revisión en casación. No se discute que el precepto mencionado establece diversos parámetros para la fijación de la pena, fijando un tope máximo para su determinación, que no puede pasar del grado medio de la señalada por la ley.

La evaluación de estas circunstancias corresponde, en exclusión al órgano juzgador, que puede moverse dentro de los márgenes marcados por el precepto. La tarea de individualización de la pena no puede realizarse de manera arbitraria e inmotivada ya que es una obligación constitucional la motivación de las resoluciones judiciales.

No sólo desde un punto de vista de legalidad ordinaria sino también desde la perspectiva constitucional, resulta evidente e incuestionable que la decisión se ha razonado

y justificado de forma impecable, remitiéndonos a todo lo expuesto con anterioridad al contestar al motivo vigesimonoveno de este recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciándose la aplicación indebida del art. 250 6ª y 7ª en relación con el 248 del Código Penal vigente.

1.- Sostiene que no consta el engaño en el caso de autos desde el momento en que las personas que llevan a cabo la maniobra o puesta en escena resueltamente mendaz, son las mismas que realizan el acto de disposición perjudicial con lo que nos encontramos ante un autoengaño atípico.

La sentencia recurrida no describe maniobra engañosa alguna, atribuible al recurrente, que afecte a los intereses patrimoniales de la Corporación Industrial Banesto, sino a ocultaciones de su interés personal en el negocio, que no pudieron influir en la adopción del acuerdo inversor, ni en la mayor o menor onerosidad del negocio mismo que sólo afectan, en su caso al deber de lealtad del administrador, ajeno al núcleo del delito de estafa.

Asimismo señala que del relato fáctico, tampoco se desprende la efectiva causación de un perjuicio a la Corporación Industrial Banesto, sino el lucro obtenido entre otros por el recurrente. La resolución impugnada confunde, en su opinión, lucro y perjuicio y al identificar ambos, supone erróneamente que las cuentas en participación vendidas por los acusados a la Corporación Industrial Banesto, “y que adquirieron de forma gratuita”, tenían un valor cero, lo que no se ajusta a la realidad que se deriva del informe pericial de American Appraisal, que en este particular no cuestiona la propia sentencia recurrida, por lo que los hechos no pueden ser calificados de estafa.

2.- En relación con la concurrencia del elemento típico y esencial del engaño es evidente, que la relación de hechos probados, a la que debemos ajustarnos para contestar a las pretensiones esgrimidas por la parte recurrente, nos proporciona elementos fácticos suficientes para acreditar su existencia.

La estructura de la estafa se apoya sobre la utilización de un engaño por el sujeto activo que por su naturaleza, entidad y circunstancias, sea suficiente para producir un error en el sujeto pasivo, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. A su vez es necesario que entre el engaño y el acto de disposición exista un enlace causal de tal manera que haya sido el desencadenante del comportamiento del engañado y el causante del perjuicio originado.

3.- La lectura de los apartados correspondientes del relato fáctico nos va proporcionando, elementos suficientes para construir, desde su inicio hasta su consumación, la trama engañosa.

Los precedentes de las relaciones entre Dorna Promoción del Deporte S.A., y Banesto, a través de la Corporación Industrial ya ponen de relieve la existencia de determinados detalles que sugieren que el acusado, como Presidente de Banesto, que actuaba representado por Arturo Romaní, querían favorecer económicamente a los titulares de la entidad Dorna, aún a costa de perjudicar los intereses del Banco. Basta el detalle que se reseña referente a que Banesto al adquirir el 50% de Dorna pagó un precio de 201.235 pesetas por acción, aunque el precio fijado a las mismas por un experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil fue de 1.100 pesetas por acción.

Este dato hay que enlazarlo con las vicisitudes posteriores por las que pasa la Operación Centro Comercial Concha Espina. Resulta altamente significativo la cesión, sin contraprestación alguna del 19% de las cuentas en participación que Dorna tenía en el negocio al acusado Rafael Pérez Escolar. Más adelante consta como probado que Mario Conde y Arturo Romaní, utilizando una sociedad denominada GESTIESA, que con

posterioridad se convirtió en Apolo Inversiones, adquirieron un 29% de las citadas cuentas en participación, sin que abonaran cantidad alguna por la cesión.

4.- Acreditado el interés del recurrente en que la Corporación Industrial Banesto, que presidía y dirigía, también se considera probado que el recurrente, junto con otros acusados ocultaron la realidad de su interés personal a otros componentes de la Comisión Ejecutiva, obteniendo de esta forma la autorización para la inversión con el consiguiente beneficio y lucro personal del acusado Mario Conde.

5.- Desde un punto de vista semántico, engaño es hacer creer a alguien con palabras o de cualquier manera, una cosa que no es verdad. Desde una perspectiva jurídica, lo verdaderamente relevante no es si el sujeto activo, desarrolla una conducta activa u omisiva, sino su idoneidad para producir el resultado lucrativo buscado. Es su eficacia real en el caso concreto lo que determina la aparición de la figura típica de la estafa. Es evidente que la provocación del error en las personas afectadas puede conseguirse, tanto por medio de una conducta activa o bien a través de ocultaciones de la realidad, que provocan la captación de la voluntad del engañado, llevándole a realizar un acto que no hubiera cometido si hubiese conocido la realidad escondida.

Reflejando y valorando adecuadamente todo el entramado engañoso que culmina con la decisión de la Comisión Ejecutiva autorizando la entrada en Dorna, la Sala sentenciadora afirma con razonamientos, que hacemos nuestros, que los miembros de dicha Comisión podían racionalmente creer, porque ello sería lo normal en el tráfico y actuación de los responsables de la administración y gestión de la sociedad, que ninguno de los acusados tenía interés en el negocio y que la operación se haría adquiriendo acciones de la sociedad.

En definitiva el montaje, minuciosamente planeado para consumir el lucro ilícito perseguido, se componía de elementos muy directos y complejos, activos y omisivos que configuran un engaño eficaz.

Precisamente la jurisprudencia de esta Sala no distingue entre comportamientos activos u omisión, cuando el sujeto activo tiene, además, un deber de lealtad y sinceridad con las personas y entidades a las que trata de perjudicar.

6.- Los razonamientos teóricos que contiene el motivo chocan con la realidad del hecho probado. Ya hemos dicho que si el recurrente y los demás acusados hubieran facilitado todos los datos reales subyacentes en la operación, los miembros de la Comisión Ejecutiva no hubieren votado a favor de la operación falsamente presentada y, en todo caso, se habría frustrado al ser patente su nulidad, conforme ya hemos expuesto.

Por otro lado la alegación relativa a que la Comisión Ejecutiva facultó a Arturo Romaní para negociar las condiciones más convenientes, lo que le permitía sustituir la adquisición de acciones por las cuentas en participación, no tienen un reflejo correlativo en el hecho probado, ya que lo que en realidad se autoriza del Consejero Delegado es a que proceda a negociar, en los términos más convenientes, con el Centro Comercial Concha Espina S.A., la entrada de la Corporación Banesto en su estructura accionarial, en igual proporción, a la que detenta en Dorna Promoción del Deporte.

Se señala también que los otros miembros de la Comisión Ejecutiva que no estaban en la trama, manifestaron no haberse sentido engañados. Esta confesión, que no fue frontal sino matizada, debe ser interpretada como una postura, personalmente explicable, de reafirmación de sus conocimientos técnicos y de la profesionalidad de su actuación, frente a posibles imputaciones de descuido o incumplimiento de sus funciones de solicitar información y ejercer un control efectivo de las decisiones a través de su voto, pero no excluye la realidad y efectividad del engaño.

Sin embargo, como señala la sentencia, la realidad que resulta de las actas de la Comisión Ejecutiva y de las demás pruebas practicadas, nos lleva a una versión más acorde con lo afirmado en el hecho probado, que resulta inmodificable en el apartado que afirma, la ocultación de los intereses personales del recurrente y de los demás acusados en el negocio.

7.- Otra de las alegaciones que se acumulan en el presente motivo hace referencia a que nos encontramos ante un autoengaño atípico ya que no existe confrontación, sino confusión, entre el sujeto activo y el pasivo.

En primer lugar debemos hacer constar que el autoengaño resulta atípico, en determinadas circunstancias, cuando la identidad entre el sujeto activo y pasivo, hace que el traspaso de los bienes no produzca perjuicio apreciable para nadie.

No se puede confundir la inexistencia de engaño con la inexistencia de engañados. El recurrente pretende englobar y difuminar su actuación personal, individual e insustituible, en el complot corporativo que constituye la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, considerándola como único sujeto que podía asumir u ostentar a la vez la doble condición de engañador y engañado.

Es evidente que los sujetos pasivos del engaño fueron el resto de los componentes de la Comisión ejecutiva que votaron a favor del acuerdo, pero inducidos a error, por la ocultación de datos e informaciones esenciales para configurar una decisión válida. Admitir las tesis del recurrente nos llevaría a sentar que todo acuerdo tomado mayoritaria o unánimemente, en el seno de una corporación nunca puede ser delictivo.

No puede olvidarse que los órganos de una sociedad anónima y más concretamente los encargados de su administración o los Consejos de Administración representan los intereses de los accionistas y que están sujetos a las acciones de responsabilidad que se contemplan en los artículos 134 y 135, así como queda abierta la posibilidad de impugnar sus acuerdos art. 143, todos ellos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. No puede pretender el recurrente tener facultades omnímodas y supraindividuales que le convierta a su vez en engañador y engañado, como si fuera el único titular del patrimonio del Banco del que puede disponer sin traba alguna con olvido e incluso desprecio de los intereses de los accionistas.

8.- Haremos una última referencia al planteamiento que se realiza sobre la determinación del perjuicio causado y la indemnización señalada.

Como señala acertadamente la sentencia recurrida la responsabilidad civil derivada del delito debe establecerse en el momento de su consumación, no en el momento ulterior. Todas las argumentaciones deslizadas en la fundamentación jurídica justifican sólidamente la afirmación de que la Corporación ha resultado perjudicada al menos en la cantidad en la que se lucraron indebidamente los acusados.

Está claro que toda la trama, desde su inicio, estaba orientada a decidir la entrada de la Corporación en una sociedad que había recibido un trato de favor por parte del recurrente y que en compensación les entregó gratuitamente un determinado porcentaje de las cuentas en participación que constituían el soporte económico de la operación Centro Comercial Concha Espina y que fueron adquiridos, con engaño, por decisión de la Comisión Ejecutiva de Banesto. Es evidente que el perjuicio fue directamente ocasionado a Banesto, ya que en condiciones distintas a las relatadas nunca hubiera entrado en la operación.

Perjuicio que, como se dijo en la vista oral de este recurso, todavía continúa, ya que el Centro Comercial sigue generando pérdidas. Esta afirmación no fue desmentida por ninguno de los letrados de los acusados y los responsables civiles subsidiarios.

En contrapartida el lucro obtenido por el recurrente y los demás acusados fue a costa de las arcas sociales, por lo que la indemnización está correctamente acordada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOTERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de ley denunciándose la aplicación indebida del art. 250.6ª y 7ª del Código Penal vigente y la inaplicación del art. 546 bis a) del Código Penal de 1.973 (hoy art. 298 delito de receptación).

1.- El motivo vuelve a insistir en que la intervención principal la realizó el acusado Arturo Romaní y que la conducta del recurrente debió subsumirse en el delito de receptación y no en el de estafa, pues aunque este último no precise la ejecución personal del engaño, según razona la sentencia, sí requiere al menos la correalización de actos ejecutivos de esta figura delictiva que puede encardinarse en alguna de las modalidades típicas previstas en los arts. 27 y 28 del Código Penal vigente (arts. 14 y 16 del Código Penal de 1.973).

2.- Como puede observarse, el planteamiento del motivo obedece a las mismas directrices, que ya se habían planteado con anterioridad en otro de los hechos delictivos. Los hechos probados que constituyen el eje inamovible a lo largo del cual debemos deslizarnos no proporcionan elementos que permitan sustentar la tesis de la receptación.

En motivos anteriores, hemos destacado la participación activa del recurrente en el delito de apropiación indebida en el que ahora pretende, de forma alternativa, que se le considere como simple receptor.

Su dominio del complejo hecho delictivo en todas sus fases de ejecución y su obligación inexcusable de velar por los intereses de la entidad bancaria, le convierten en un protagonista principal y directo que no puede ser relegado a una intervención a posteriori limitada al aprovechamiento de los beneficios económicos obtenidos por el su actividad ilícita.

Una vez más debemos descartar la petición formulada ya que su intervención como autor le impide recibir el tratamiento de encubridor.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOCUARTO.- Al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, estimándose infringido el art. 2.2 del Código Penal vigente (art. 24 del Código Penal de 1.973), al aplicar la sentencia recurrida

el art. 2650.6ª y 7ª con relación al art. 248 del actual Código Penal en lugar del art. 295 del vigente Texto Punitivo.

1.- Se remite al motivo de casación precedente en el que se argumentó la improcedencia de la condena por estafa, al no concurrir los requisitos típicos del engaño y el perjuicio, requeridos por aquella figura delictiva. No obstante, aun si se entendiera que concurren en el supuesto de autos, los elementos de la apropiación indebida, por la naturaleza subsidiaria de este tipo penal respecto al de estafa, debiera haberse aplicado, retroactivamente, el artículo 295 del vigente Código Penal (delito de administración desleal), ya que es más favorable al reo y no habría obstáculo alguno para subsumir la conducta del acusado en este tipo penal como reconoce explícitamente la sentencia recurrida.

Señala por tanto que al calificar los hechos con arreglo al art. 250 del vigente Código Penal ha aplicado la ley penal posterior más desfavorable incumpliendo el mandato del art. 2.2 del Código Penal vigente.

2.- El planteamiento se refiere, como ya ha quedado expuesto, a los hechos que se recogen bajo la rúbrica de operación Centro Comercial Concha Espina. La calificación jurídica que ha otorgado la Sala sentenciadora a estas actividades ha sido la de estafa, aplicando la normativa vigente (artículos 250.6 y 7 en relación con el artículo 248) por estimar que resultaba más favorable que los preceptos del Código de 1.973, vigentes en el momento de la comisión de los hechos.

La parte recurrente rechaza la calificación de los hechos como un delito de estafa y admite dialécticamente que pudieran encontrarse los elementos necesarios para considerar que nos encontramos ante una apropiación indebida, lo que daría lugar a un posible concurso de normas con el artículo 295 del vigente Código Penal que tipifica la conducta de administración desleal.

Ya hemos expuesto nuestra opinión sobre las características respectivas de los delitos de apropiación indebida y de administración desleal y a ello nos remitimos.

Ahora bien, en ningún caso puede hablarse de un concurso de normas entre la administración desleal y la estafa, ya que en esta última figura delictiva el elemento nuclear es la puesta en marcha de una maniobra engañosa en beneficio propio y perjuicio ajeno, mientras que en la administración desleal lo verdaderamente esencial y a lo que ha querido dar respuesta y relevancia penal es a la ruptura de los vínculos de fidelidad y lealtad que el administrador debe a la sociedad que administra. Es evidente que este comportamiento no contiene el elemento esencial de la estafa que es, como se ha dicho el engaño antecedente y causalmente determinante de la entrega de la cosa por parte del engañado.

Por consiguiente, descartando la hipótesis de la calificación de los hechos como un delito de apropiación indebida, es evidente que además de por las razones expuestas con anterioridad, no es posible aplicar el tipo de la administración desleal como norma alternativa.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOQUINTO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose la aplicación indebida del art. 28 del Código Penal vigente (art. 14 del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 250.6ª y 7ª y 248 del Código vigente).

1.- Con carácter alternativo se plantea la cuestión relativa a la participación del acusado, que en su opinión debió ser condenado como cómplice por la menor relevancia objetiva de su contribución causal a la ejecución del delito.

El acusado se limitó a votar a favor del acuerdo inversor de la Corporación Industrial Banesto en el Centro Comercial Concha Espina, como los demás miembros de la Comisión Ejecutiva, ocultando, eso sí, su interés personal en el negocio, pero no tuvo intervención alguna en la ejecución de dicho acuerdo y en el decisivo proceso de negociación entre la corporación y el Centro Comercial cometido en la Comisión Ejecutiva

encomendó al también acusado Arturo Romaní, consejero Delegado de la Corporación industrial Banesto y que éste desempeñó con absoluto protagonismo.

2.- El motivo reproduce tesis anteriormente mantenidas en relación con la Operación Cementeras y que ahora sustenta en relación con el delito continuado de estafa relacionado conjuntamente con las operaciones Concha Espina y Oil Dor. Solicita que su actuación sea valorada, unánimemente, como una aportación a título de cómplice ya que, en su opinión, su intervención no ha sido lo suficientemente relevante para ser catalogada como autoría.

Volvemos a insistir, como ya se ha dicho en motivos anteriores, que el recurrente ostentaba la condición de Presidente de la entidad bancaria y tenía amplias facultades ejecutivas y capacidad de decisión, de tal manera que sin su intervención era prácticamente imposible que los hechos hubieran podido realizarse. Por otro lado la intervención más del otro acusado, Arturo Romaní, no elimina, según el relato fáctico, la aportación relevante y directiva del recurrente que le constituye en un protagonista decisivo y principal que ha sido considerado acertadamente como autor directo y principal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por infracción de ley, denunciándose la interpretación errónea del art. 106 del Código Penal, texto refundido de 1.973 (artículo 116.2 del vigente Código Penal).

1.- No comparte el criterio de la sentencia recurrida que condena a los acusados Mario Conde y Arturo Romaní como autores de un delito continuado de estafa, al deber de indemnizar solidariamente al Banco Español de Crédito en la cantidad de 985.016.900 pesetas y en el momento de establecer las respectivas cotas internas, asigna a cada coautor idéntico porcentaje al 50%. Sostiene que el criterio del Tribunal es erróneo y no se ajusta a derecho ni parece equitativo porque en el quantum de la responsabilidad civil ex delicto, no puede prescindirse del beneficio efectivamente obtenido por cada partícipe y en el caso de

autos, siempre según el relato de hechos probados el acusado, Mario Conde se enriqueció en 140 millones del total de 985 millones que la Sociedad Montilsa consiguió de ilícita ganancia.

2.- El planteamiento del motivo confunde el lucro personal, efectivamente conseguido como consecuencia del reparto de los beneficios obtenidos por medio de un hecho delictivo contra el patrimonio o la propiedad y la obligación de indemnizar al perjudicado que se deriva de la participación en el hecho delictivo. La referencia que el antiguo Código Penal hacía en su artículo 106, a la fijación de la cuota de responsabilidad civil cuando hubiese dos o más responsables civiles, era incompatible con la regla más precisa de la responsabilidad solidaria entre los autores de un hecho delictivo, de tal manera que la fórmula general que se derivaba del tenor literal del artículo 107 del Código derogado, era la de declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de los autores cómplices y encubridores, cada uno dentro de su respectiva esfera. La determinación de la responsabilidad civil ajustada estrictamente a la cuantía del beneficio obtenido, sólo estaba prevista (artículo 108 del Código derogado), a los participantes a título lucrativo que sólo estaban obligados al resarcimiento hasta la cuantía de su participación, b que no deja lugar a dudas sobre la responsabilidad compartida y solidaria de todos los que no sean participantes a título lucrativo.

La imputación solidaria y conjunta de la responsabilidad obedece a la condición de coautor del delito al que se refiere el motivo, por lo que se le hace responsable de todo el perjuicio originado a la entidad afectada en su patrimonio. Los repartos del lucro obtenido a consecuencia del hecho delictivo son una cuestión interna que afecta exclusivamente a la voluntad de los participantes pero la responsabilidad es y debe ser solidaria y total.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOSEPTIMO.- Al amparo del nº 1º de 849 de la LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente aplicado el art. 529.7ª en relación con el 528 del Código Penal de 1.973.

1.- El motivo es correlativo al que se articula con idéntico fundamento en relación con la denominada operación Centro Comercial Concha Espina, e insiste en que no hubo engaño ni lucro.

2.- El motivo, en este caso se refiere a la indebida aplicación de la agravante específica de la estafa, derivada de la importancia y gravedad del perjuicio causado, si bien se refiere exclusivamente a la operación denominada Oil Dor. Nos remitimos a los argumentos expuestos al responder a idéntica cuestión suscitada con motivo de la pena impuesta por la operación Concha Espina que ha sido considerada como constitutiva de un delito continuado de estafa.

Nos remitimos a todo lo expuesto en el motivo correlativo al que hemos hecho referencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMOCTAVO.- Al amparo del art. n° 1° del 849 de la LECrim, por infracción de ley, denunciándose la violación del art. 2.2 del vigente Código Penal (art. 24 del Código Penal de 1.973) en relación con el art. 295 del vigente Código Penal inaplicado por la sentencia.

1.- El motivo se refiere a la operación Oil-Dor y considera que debió aplicarse el art. 295 del Código vigente que regula la administración desleal y no la figura de estafa que indebidamente aplica el Tribunal de Instancia.

2.- Del mismo modo que se hizo con la operación Concha Espina, se plantea ahora la aplicación más beneficiosa del artículo 295 del vigente Código Penal a los hechos relacionados con la operación Oil Dor y que fueron calificados como un delito continuado de estafa. Ya hemos señalado y nos remitimos a lo expuesto, la absoluta imposibilidad de un concurso de normas entre la administración desleal y la estafa, por lo que reproducimos lo anteriormente expuesto.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TRIGESIMONOVENO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de La LECrim, por infracción de ley estimándose indebidamente interpretado el art. 74.1 del Código Penal vigente, con relación a los artículos 529.7ª del Texto refundido de 1.973 y 250.6ª y 7ª del Código Penal de 1.995.

1.- El motivo trata de fundamentar que incluso reputando más beneficioso el régimen de la continuidad delictiva del art. 74 del vigente Código Penal, el Tribunal a quo no debió partir del marco penal previsto en el artículo 250.6ª y 7ª con relación al 248, que es ley posterior más severa, no vigente en el momento de la comisión de los hechos, sino de la pena prevista para el delito de esta en el artículo 529.7ª con relación al artículo 528; esto es de la pena de prisión menor en sus grados mínimo a medio y no de la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

El artículo 74.1, in fine, preceptúa la aplicación de la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, lo que no autoriza, dicho sea con todos los respetos, a aplicar la ley más severa si es posterior y no estaba vigente en el momento de los hechos (art. 9.3 de la Constitución); si no la pena más severa contemplada en la ley que deba aplicarse en el caso de autos. El artículo 529.7ª con relación al 528 del Código Penal, Texto refundido de 1.973 vigente en el momento de los hechos.

2.- Como pone de relieve la representación del Fondo Nacional de Garantías de Depósitos Bancarios lo que se pretende, en definitiva, es que, admitiendo la continuidad delictiva en los delitos de estafa relacionado con el Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, se aplique la pena establecida en el artículo 528 del Código Penal de 1.973 (tipo básico de la estafa), pero fijando la pena en función de lo dispuesto en el actual artículo 74.1 del Código vigente que fija la pena en la mitad superior de la infracción más grave por estimarla más favorable. Sostiene además que dicha norma, deroga parcialmente las previsiones penológicas del delito continuado que contemplaba el antiguo artículo 69 bis y que permitían elevar la pena hasta el grado medio de la pena superior.

La valoración y mediciones realizadas por la parte recurrente sobre la duración de la pena con uno u otro precepto, son correctas pero se olvida de la barrera infranqueable que se alza frente a su pretensión por la Disposición Transitoria Segunda del vigente Código Penal que contemplando supuestos de combinación de preceptos procedentes de uno y otro Código, para llegar a la solución más favorable, establece de forma tajante que para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con aplicación completa de uno u otro Código.

La posición adoptada es tajante y elimina complejas valoraciones en las que entrarían en juego criterios personales y no siempre ajustados al principio de legalidad, por lo que se prohíbe de forma expresa la formación de una especie de Código mixto en que se entremezclan y confundiesen los preceptos del derogado y del vigente.

En todo caso la opción elegida por la sentencia recurrida ha sido la más favorable al recurrente ya que con la legislación antigua aplicada en su integridad se hubiera podido llegar a una pena de diez años y cuatro meses de prisión mayor, mientras que con el Código nuevo se le han impuesto seis años de prisión.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

B) RECURSO DE ARTURO ROMANI BIESCAS.

PRIMERO.- (Relativo a la Operación Cementeras). La interpone por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la Lecrim., por existir manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados.

1.- La contradicción radica, en opinión de la parte recurrente, en que la sentencia afirma que las operaciones de división de las sociedades Cementeras, se complementaron con la adquisición, por parte de Banesto, de cuatro sociedades hormigoneras, con la finalidad de que, con esta operación, Banesto recibiera bs fondos precisos con cargo al

patrimonio de la familia Serratoso, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados en las participaciones.

Señala que en la sentencia se explica a continuación que esa pretendida operación de cuadro, sin que en realidad se lleguen a cuadrar las cifras, lo cual supone una manifiesta contradicción en los hechos declarados probados.

2.- Como ha venido reiterando una constante doctrina jurisprudencial de esta Sala, el defecto o vicio formal de la sentencia, que radica en la existencia de contradicción de hechos probados, requiere la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, la contradicción debe ser interna, esto es tienen que darse entre los pasajes del hecho probado, pero no entre estos y los fundamentos jurídicos. En segundo lugar ha de tratarse de un error gramatical y no conceptual, ya que para corregir tal contradicción existen otros cauces impugnativos. Es necesario que la disimilitud de las diversas expresiones, provoque su anulación o eliminación, originando el consiguiente vacío que deje al fallo sin sustento fáctico necesario. Se exige además que sea manifiesto e insubsanable, de manera que no sea posible conseguir la armonización del relato fáctico acudiendo a otros pasajes de la narración histórica de lo acontecido. Por último, como ya se ha dicho, tiene que ser esencial, de tal manera que afecte, de forma directa al fallo.

En algún supuesto, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de complementar el sentido e interpretación de los hechos probados, acudiendo a los aspectos fácticos, que algunas veces, de manera no demasiado correcta, se deslizan en los fundamentos de derecho.

3.- La contradicción se centra en torno a lo que afirma la sentencia, en relación con que, las operaciones de división de las Cementeras, se complementaron con la adquisición, por parte de Banesto, de cuatro sociedades hormigoneras, con la finalidad de que la entidad financiera, recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratoso, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones.

A pesar de la discrepancia de la parte recurrente y ciñéndonos exclusivamente al contenido de los hechos probados, observamos que la operación se describe, de forma clara y no contradictoria, en el relato de hechos probados. El número de participaciones comprendidas y los nombres de las cuatro hormigoneras, se detallan con precisión, fijándose la suma total pagada y afirmándose que, el precio fue desembolsado por Banesto y contabilizado en sus cuentas, sin que se practicase anotación contable alguna en las cuentas de la Sociedad Beta Cero, participada mayoritariamente por Banesto.

La afirmación incontrovertible y que en absoluto resulta contradictoria con otras declaraciones del hecho probado es que, como se ha dicho, la operación de la compra de las cuatro hormigoneras, tenía como finalidad cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y los valores dados a las participaciones. Hay que tener en cuenta que los valores dados a las acciones de la Cementeras para el intercambio, no fueron valores de mercado, excepto los correspondientes a Valenciana de Cementos y Sanson, cotizadas en bolsa, sino que se asignó un valor equiva lente, por debajo del real, con la finalidad de conseguir ahorro fiscal.

4.- La sentencia, entrando en la valoración de la prueba utilizada para hacer la afirmación que combate la parte recurrente, pone en contradicción o enfrenta a las tesis mantenidas por la acusación y por las defensas, llegando a la conclusión fáctica ya mencionada, después de una sólida y minuciosa valoración de las pruebas testificales y periciales disponibles.

Limitando, en este momento, nuestra contestación a la cuestión formal planteada, tenemos que señalar que lo realmente pretendido por la parte recurrente es señalar un posible error de hecho en la apreciación de la prueba, que debe tener otros cauces casacionales, pero en ningún momento ha conseguido acreditar la pretendida contradicción entre los hechos probados. La afirmación de que el dinero resultante de toda la operación lo debía recibir Banesto y no un tercero, como supuesta retribución por una comisión por su

intervención en la división del Grupo Cementero, no sólo es el resultado de la prueba, sino que en ningún momento, resulta contradictoria con otros pasajes del hecho probado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan como documentos indebitados, los que aparecen a los folios 2.240 a 2.951 de la pieza principal.

Señala que, según se decide en la sentencia, a través de la venta de las sociedades hormigoneras, se generan las plusvalías que fueron objeto de apropiación indebida por parte del recurrente, por lo que es importante acreditar cual era la función de la venta de esas hormigoneras.

La sentencia no llega a determinar esa función, por las razones de la intervención de las hormigoneras en la venta global de las Cementeras, por lo que entiende que, el error de la apreciación alegado, contiene significación suficiente para modificar el sentido del fallo, puesto que para poder determinar que ha existido apropiación indebida, debe probarse primero que el importe en cuestión iba destinado, era propiedad o debía ser ingresado en Banesto.

Considera importante recordar que, con el reparto de las Cementeras, se aportaban también, las filiales que colgaban de cada una de ellas. Estima que, teniendo en cuenta que, en Prebetong Aragón, Hormifasa, Prebetong del Este y Ariforsa, un 30% de participación, pertenecía a Cementos del Mar, de conformidad al acuerdo alcanzado, deberían haber quedado en dicha entidad, o lo que es lo mismo del lado de la familia Serratos, sin necesidad de hacer operación alguna de transmisión de acciones.

Añade, en apoyo de sus tesis, declaraciones testificales a las que se refiere la sentencia.

2.- El papel que desempeñaban las hormigoneras en la operación denominada Cementeras, aparece perfectamente diseñado en el relato fáctico, sin que resulte desvirtuado por la aportación documental que, la parte recurrente, hace en el desarrollo del motivo. No hay ningún elemento probatorio, de carácter documental, que contradiga la afirmación de que, las ganancias generadas por la venta de las hormigoneras pertenecían a Banesto, por lo que su desviación o incorporación a patrimonios diferentes, era constitutiva, como dice la sentencia, de un delito de apropiación indebida.

La realidad que se desprende del hecho probado permanece inalterable y se mantiene la afirmación de que la finalidad de que Banesto adquiriera las hormigoneras, no era otra que la entidad financiera recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratoso, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y los valores dados a las participaciones.

3.- La parte recurrente, apoyándose en la documentación que cita realiza unas valoraciones propias e interesadas de las operaciones de escisión y cuadre con las que pretende demostrar el error del juzgador.

Es importante para desmontar esta apreciación unilateral, tener en cuenta que, como ya se ha dicho, en el relato fáctico, las sociedades que cotizan en bolsa se vendían por su precio real, mientras que al resto se les asignó un valor por debajo del real con la finalidad de conseguir un ahorro fiscal. Esto hacía que, si se tomaba en cuenta el valor nominal que figuraba en el acuerdo que cristaliza la operación, se produjese un evidente e inexplicable desajuste, entre las recíprocas prestaciones, que fue equilibrado con la compra de las hormigoneras, sobre las que además se estableció una opción de recompra que ejercitada en el acto, sirvió para compensar a Banesto, del desequilibrio originado por la utilización de precios inferiores al del mercado.

Es evidente que al tratarse de precios al margen del real en el mercado, entraban en juego tasaciones de los expertos, que no podían ajustarse milimétricamente, a las necesidades originadas por los desequilibrios a los que hemos aludido con reiteración.

Ahora bien, lo verdaderamente esencial, a los efectos de configurar una base fáctica para la construcción de un delito de apropiación indebida, era que la plusvalía que origina la operación y nadie discute, fuese a parar a Banesto, a través de su sociedad instrumental Beta Cero, cuando en realidad esta sociedad, que no había contabilizado la compra de las hormigoneras, ni abonado su precio, vendió a la Sociedad Gay Cordón, la totalidad de las acciones de las cuatro sociedades hormigoneras, por el mismo precio que las compró de 229.747.500 pesetas que había sido desembolsado por Banesto. Después de relatar, como Gay Cordón realiza a su vez la venta de estas acciones a través de diversas operaciones, que ahora no son de interés, se afirma tajantemente que, el 72% de esta Sociedad pertenecía a Mario Conde por medio de numerosas sociedades interpuestas y que el resto, también por medio de sociedades participadas, eran en realidad propiedad de Arturo Román. Posteriormente para conseguir la finalidad de que los fondos resultantes de la operación con las sociedades hormigoneras, fueran a parar a manos de los acusados, interviene también la sociedad Data Transmission System y, entre ambas, se materializa, a través de cheques los beneficios ilícitos que utilizaron el recurrente y Mario Conde para adquirir una serie de fincas que se describen en el relato fáctico.

4.- Frente a las realidades inconcretas, que puedan derivarse de la existencia de una compleja documentación, que tiende a difuminar una operación, que necesariamente debió ser más transparente y menos artificiosa, lo cierto es que la Sala sentenciadora, ha buscado la verdad material, a través de un análisis de las pruebas disponibles, para sustentar, por un lado, la tesis acusadora, que es la que resulta verdaderamente acreditada, y por otro los argumentos de la defensa. La valoración que se incorpora al hecho probado, no es arbitraria ni inconsistente y se basa en el análisis real de las pruebas testificales y periciales, a las que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Entre los documentos contrastados, la Sala se decanta por el informe de los peritos designados por el Banco de España y la documental que le sirve de soporte, por lo

que, desde una perspectiva puramente casacional, que es lo que ahora nos interesa, tenemos que declarar tajantemente que los documentos esgrimidos por la parte recurrente, que nadie discute su valor casacional, están totalmente contradichos por otros elementos probatorios, por lo que no puede prosperar la pretensión de que exista un error de hecho en la narración fáctica.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan como documentos, los que aparecen en los folios 2.944, 2.945, 2.925 a 2.927 y ss, 1.885 a 1.895 y 10.820, todos ellos de la pieza principal.

Trata de combatir la afirmación de la sentencia, en la que se dice que se transmitieron las sociedades hormigoneras de la sociedad Beta Cero a Gay Cordón por el mismo precio de adquisición.

De los documentos anteriormente citados, estima que está acreditado que Beta Cero no era, en ningún caso, la destinataria de las acciones de las hormigoneras, que la venta de las hormigoneras no eran tampoco un medio de dar dinero a Banesto, y que la venta, como flujo económico, va directamente del grupo Valenciana a la Sociedad Gay Cordón.

Considera que todo ello, tiene significación suficiente para modificar el sentido del fallo, puesto que para poder determinar que ha existido apropiación indebida, debe probarse que el importe en cuestión, iba destinado, era propiedad o debía ser ingresado en Beta Cero, como sociedad perteneciente al grupo Banesto.

2.- El motivo es, en parte, una reproducción del anterior, ya que sustancialmente los documentos invocados, son los mismos que en el motivo precedente, si bien añade otros

que no fueron señalados en la preparación del recurso. Rompiendo los antiguos y rígidos formalismos casacionales, admitiremos también esta nueva aportación documental, aunque en el fondo su efecto para acreditar el error del juzgador es nulo. Ya hemos dicho que la Sala sentenciadora, apoyándose en una sólida prueba testifical y pericial, avalada por numerosos documentos, establece como conclusión incontrovertible, que el dinero, originado por la operación, a través inicialmente de la sociedad Beta Cero, pasó a manos del recurrente y otro acusado, cuando el verdadero destinatario, que resultó perjudicado, era la entidad Banesto.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan como documentos acreditativos del error del juzgador los folios 29.460 a 29.546 de la pieza documental, que, en su opinión, entran en contradicción con la valoración de la prueba que realiza la sentencia, al establecer que el recurrente aprovechó parte de los fondos de esa operación para la adquisición de la finca conocida como Hacienda Los Melonares, cuando del contenido de los documentos obrantes en los folios antes citados se deduce, que ello no es cierto. Añade que a tenor de dichos folios, se acredita que el importe de 530 millones de pesetas que salieron de la cuenta de la Sociedad Data, y que según la sentencia fueron utilizados para adquirir la finca antes mencionada, fueron devueltos íntegramente, junto con sus intereses, a la mencionada sociedad, por lo que es obvio que nunca pudieron servir para esta adquisición.

2.- Como puede observarse el motivo tiene como finalidad impugnar la realidad de la afirmación fáctica de la sentencia, en la que se dice que el acusado recibió, junto con Mario Conde, de la cuenta de Data Transmission System y Gay Cordon, la cantidad de 530 millones de pesetas que dedicaron a la adquisición de un complejo de fincas conocidas como la “Hacienda de los Melonares”. El dinero procedía de los beneficios ilícitos, obtenidos por el acusado en la Operación Cementeras.

Ya hemos advertido, con carácter general, las características que debe reunir un documento para que pueda ser considerado como elemento casacional con objeto de poder debatir, si efectivamente tiene virtualidad y entidad suficiente, para acreditar un posible error del juzgador.

La entidad documental de los folios citados y su contenido intrínseco, han sido objeto de un examen minucioso por parte de la Sala sentenciadora y sería suficiente con señalar que, frente a la materialidad de su contenido, se alza frontalmente el informe prestado por el policía judicial número 13.627, que obra a los folios 9.743 y ss del Tomo XXXIII de la pieza principal, ratificado en el acto del juicio oral, (páginas 6472 y ss del acta del juicio oral), en el que compareció en su condición de testigo, pues así se propuso por alguna de las partes.

En relación con el punto concreto que es el objeto de este motivo, se ha dispuesto además de los tres cheques procedentes de la cuenta corriente de Data Transmission System, cuyos importes y fechas se precisan. Dichos talones fueron entregados a la familia propietaria de la finca, conocida como la “Hacienda de los Melonares” y constituían parte del precio de su adquisición.

La sentencia valora y admite la existencia de testimonios procedentes de personas relacionadas con la familia Quesada (vendedores de la finca), pero estima, después de un análisis de los contratos de opción de compra sobre los que se sustenta la tesis de la procedencia del dinero, que nos encontramos ante un supuesto de un negocio jurídico simulado, que trata de dar cobertura formal al pago.

Frente a esta realidad, que la sentencia considera aparente, no existe ningún documento consistente y fehaciente, que demuestre que la Sociedad Data Transmission System tuviera en su objeto social estas actividades, y el vendedor no pudo afirmar o confirmar, que algún representante de la empresa, visitara los terrenos que pretendía adquirir, ejercitando el contrato de opción.

En pocas ocasiones nos encontramos ante una sentencia, que haga un examen tan minucioso de todos los elementos probatorios, que tienden a acreditar lo afirmado en el hecho probado, por lo que, sin perjuicio de realizar más adelante otras valoraciones y ciñéndonos al punto concreto sobre el que versa el motivo y el error imputado a la sentencia, debemos confirmar, que existen elementos documentales, periciales y testificales que contradicen la realidad que pretende extraerse de los documentos esgrimidos por la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española y el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.- Sostiene que se ha llevado a cabo una pesquisa general o “inquisitio generalis” prohibida, por el sistema, en aras de la consecución de una condena o de un resultado condenatorio.

Entiende que, con el contenido de la sentencia dictada, se han infringido los más elementales principios del derecho penal garantista propio del Estado de derecho, al ampliar, en dos ocasiones, las solicitudes contenidas en los escritos de conclusiones definitivas, tanto del Ministerio Fiscal como de las Acusaciones Particulares, representadas por el Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios y Banesto.

Alega que se ha producido una ampliación del relato fáctico, por parte de la Sala sentenciadora, lo cual se deduce del contenido del apartado correspondiente de los hechos que se declaran probados en torno a esta operación.

En definitiva, lo que pretende la parte recurrente, después de hacer un análisis amplio de los hechos y de citar algunas sentencias, como precedente jurisprudencial, es que se

declare la vulneración de derechos fundamentales y se proceda a dictar nueva resolución, en la que por una parte, no se tenga en cuenta, en ningún caso, los hechos relativos a las Sociedades Ariforsa-Prebetong del Este y, por otra, se deje sin efecto el comiso decretado en torno a la finca “La Hacienda de los Melonares”, basándose en los mismos argumentos realizados por la sentencia recurrida respecto de la finca “Los Carrizos de Castillblanco S.A”.

2.- Por lo que respecta a la vulneración del principio acusatorio, que se centra en la llamada operación Cementeras y que hace referencia a la inclusión de las Hormigoneras Ariforsa y Prebetong del Este, damos por reproducido todo lo que ya se ha expuesto anteriormente, con carácter general, respecto de la misma cuestión alegada también por el recurrente Mario Conde.

En relación con el comiso de la Finca denominada “La Hacienda de los Melonares”, debemos hacer constar que, sin perjuicio de la respuesta concreta que se dé en su momento a la pretensión esgrimida por la entidad Longanor S.A respecto de la titularidad de la misma, se trata de una cuestión que debe de ajustarse al contenido de los hechos probados, en los que se pone de relieve que la adquisición de la finca mencionada por el recurrente, se realizó utilizando sociedades instrumentales en las que, su apariencia externa, sólo servía para encubrir la verdadera titularidad y dominio de las mismas por parte del acusado.

Asimismo debemos hacer constar que los argumentos utilizados por la sentencia, respecto de la finca “Los Carrizos de Castillblanco S.A”, no tienen nada que ver con el supuesto que se plantea en el presente motivo, ya que la entidad Longanor S.A, no ha sido declarada responsable civil, sino que ha sido considerada como titular aparente y formal de una finca, que ha sido adquirida de manera clara y terminante, según el hecho probado, con dinero y ganancias procedentes del delito de apropiación indebida que se imputa al recurrente.

Como precisaremos con más detalle en su momento, toda la cuestión relativa a la adquisición de la finca decomisada, las operaciones realizadas para su compra y la intervención de las personas que representaban los intereses exclusivos del acusado, fue

objeto de debate durante el juicio oral, por lo que difícilmente se puede sostener la existencia de indefensión y la falta de garantías.

Por último y en relación con la alegación inicial de la existencia de una pesquisa general, debemos reiterar, como ya se ha dicho en las cuestiones previas, que quizá debió escindirse esta causa en varias actuaciones independientes, pero ello no justifica la alegación formulada sobre una “inquisitio generalis”, ya que en el relato de hechos probados y en la fundamentación de la sentencia, se especifican y separan nítidamente, las diversas operaciones que fueron objeto de acusación y respecto de las cuales tuvo el acusado oportunidad de defenderse.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., por infracción del art. 24.2 de la Constitución y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio de Roma.

1.- Mantiene que se han forzado interpretativamente los arts. 468.2 y 723 de la Lecrim., hasta el límite de su práctica derogación implícita, habiéndose tenido en cuenta la pericial de los llamados peritos del Banco de España D. Juan Sebastián Román Quiñones y D. Juan Carlos Monje García en las operaciones que han venido denominándose Cementeras, Centro Comercial Concha Espina, Oil Dor y Carburos Metálicos, cuando al parecer del recurrente, dicha prueba debió ser expulsada del proceso, tal como se solicitó, en aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Termina señalando, que traspolo todo el presente alegato a los efectos que en el relato de hechos, tuviera en cuenta todas y cada una, de las operaciones descritas en la sentencia.

Se hace una referencia al Auto de 4 de Noviembre de 1.997, dictado en el incidente de recusación de los peritos y se insiste en que la prueba derivada de sus valoraciones y manifestaciones, debe ser expulsada del proceso.

En defensa de su postura cita una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de Mayo de 1.985, en el asunto BÖNIHS conforme a la cual concluye que la utilización de dichas pericias, conculca el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia, produciéndose una conexión de antijuricidad con las pruebas derivadas de dicha pericia, que llevan, en su opinión, a la anulación de todo el proceso.

2.- Esta cuestión ya ha sido abordada con carácter preliminar y además alegada específicamente por el anterior recurrente, por lo que nos remitimos a lo expuesto en dichos apartados, para dar contestación a las pretensiones planteadas por el acusado.

La utilización de peritos por parte de las acusaciones, ante un Tribunal imparcial, que no ha participado ni está contaminado por la instrucción de la causa, es perfectamente válida con arreglo a nuestro sistema procesal, ya que no priva a las partes acusadas de nombrar expertos que puedan contradecir las conclusiones de los presentados por la acusación. Se mantiene el principio de igualdad de armas procesales y pertenece exclusivamente a la valoración de la Sala, la decisión sobre cual de las pericias utilizadas (que en el caso presente han sido numerosas) estima más ajustada a la realidad de los hechos que considera probados.

Como se pone de relieve en el escrito de impugnación del Fondo de Garantías de Depósitos, en el supuesto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido anteriormente citada, se había vulnerado el derecho de contradicción y defensa, habiéndose conculcado además la igualdad de armas procesales, lo que, como ya se ha dicho, no sucede en el caso presente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación al art. 5.4 de la LOPJ en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española y art. 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

1.- Entiende que ha existido una quiebra del principio acusatorio, en cuanto que en el relato de hechos de la sentencia, así como en la calificación jurídica de los hechos relativos a dicha operación y en la responsabilidad civil “ex delicto” derivada de ésta, y, por supuesto, en la condena impuesta al recurrente, se han tenido en cuenta también los hechos relativos a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong del Este, cuando es evidente que, en los autos de apertura del juicio oral, estos extremos no eran objeto de debate procesal acusatorio.

Como puede verse, se vuelve a insistir en la conculcación del principio acusatorio y se solicita, que no se tenga en cuenta la ampliación del hecho por parte de la Sala sentenciadora, al haber incluido las operaciones relacionadas con las Hormigoneras Ariforsa-Prebetong del Este, lo cual incidiría también en la responsabilidad civil.

2.- El motivo es idéntico no solamente al formulado en el apartado quinto del mismo recurrente, sino al planteado con anterioridad por el otro acusado, así como con todo lo expuesto sobre la vulneración del principio acusatorio.

Debemos insistir en que todo lo relacionado con las Hormigoneras anteriormente mencionadas, fue objeto de acusación, se introdujo en el debate del juicio oral, fue objeto de contradicción y prueba y por tanto las partes tuvieron oportunidad de defenderse de este aspecto de los hechos, sin que se les haya producido indefensión, ni se hayan visto sorprendidos por una ampliación indebida de los términos de la acusación.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.2 de la

Constitución Española y art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

1.- Considera, en relación a los hechos que se declaran probados, que no existe una correspondencia con la realidad probatoria y que no se ha dispuesto de prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia.

Este motivo casacional se centra en la afirmación, que se hace en el folio 67 de la sentencia, al señalar que las operaciones de división de las Cementeras, se complementaron con las de las hormigoneras, con la finalidad de que con esta forma de actuar, Banesto recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratoso, con el fin de cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones.

Estima que estos hechos, no han sido probados en modo alguno y vulneran el principio de presunción de inocencia.

Reconoce que algunos aspectos del presente motivo, ya han sido abordados en los ordinales primero y segundo del presente recurso de casación, por la vía del quebrantamiento de forma y el error de hecho. Insiste ahora en la insuficiencia e inexistencia de actividad probatoria de cargo, de significación incriminatoria e impugna la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora y más concretamente la que figura al folio 168 de la Sentencia.

Frente a las tesis de las acusaciones, basadas en que la utilización de las Hormigoneras tenía como finalidad cuadrar el importe neto de los cobros y pagos de los valores pactados, la parte recurrente insiste en que la suma generada, era una forma de habilitar una comisión para un tercero, en pago de una serie de servicios que se describen, amplia y detalladamente, en el escrito de conclusiones de la parte recurrente, solicitando en consecuencia la absolución por estos hechos.

2.- Como puede observarse por la lectura del anterior apartado, el propio recurrente admite que ha existido un debate probatorio, sobre las dos opciones alternativas

mantenidas por la acusación y por la defensa y que la propia Sala sentenciadora, ha tenido en cuenta la actividad probatoria disponible para decantarse por la decisión que transcribe en el hecho probado.

De manera clara y terminante, la Sentencia recurrida, en el último párrafo de la página 168, afirma que la tesis que sostiene la acusación se encuentra avalada por varios testimonios, que, a juicio de la sala son verosímiles y revestidos de la necesaria objetividad para su valoración como prueba. Se basa para ello no solamente en los testimonios escuchados durante la vista oral, cuya valoración detalla en cada uno de los supuestos, sino también del informe de los peritos designados por el Banco de España y de toda la prueba documental, que sirve de soporte incuestionable a dicha pericia.

No es tarea de esta Sala, proceder a una reelaboración total de las pruebas esgrimidas, sino comprobar, en virtud del principio de presunción de inocencia esgrimido, si la prueba utilizada es válida, desde el punto de vista de su inclusión en el proceso y si arroja conclusiones lógicas y acordes con la valoración que la Sala ha efectuado. Del examen de la sentencia se deduce que, efectivamente se han respetado los presupuestos básicos de la presunción de inocencia y que las conclusiones contrarias a las pretensiones de la parte recurrente, están sólidamente fundadas en la prueba que se analiza en los folios 168 a 170 de la Sentencia recurrida.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, así como del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

1.- Vuelve a insistir en la inexistencia de prueba, sobre la cuestión relativa a que Banesto recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratos, para

cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones.

Hace una extensa revisión probatoria, de las declaraciones prestadas sobre este punto a lo largo de las actuaciones.

De manera más concreta el motivo que, como ya hemos dicho, es una variante del anterior, insiste en que las manifestaciones testificales, utilizadas como elemento probatorio por la Sentencia recurrida, están en contradicción con otros elementos probatorios que, según el recurrente, ponen de relieve, que las diferencias de precio generadas por la operación, estaban destinadas a una Comisión para un tal Jaime Cedeño, de nacionalidad Panameña, que no ha sido posible traer a juicio, pero cuyo acuerdo, se elevó a público, con base en la minuta elaborada por un Abogado Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá.

La parte recurrente, realiza un análisis de la prueba existente en las actuaciones y de la realizada en el acto del juicio oral, reproduciendo incluso las preguntas y respuestas formuladas en su momento, estableciendo como conclusión que, algunos de los testigos, mintieron, según su opinión y que los cálculos realizados en la Sentencia, respecto de las compensaciones de los precios, carecen de rigor, solicitando finalmente, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, la absolución del delito de apropiación indebida.

2.- En definitiva el motivo, con muchos más detalles y exhaustividad, vuelve a insistir en el tema de la presunción de inocencia, sobre la base de realizar un análisis probatorio de carácter parcial e interesado, que pretende superponer a la valoración realizada por la Sala sentenciadora y que ya ha sido expuesta en anterior ocasión. No podemos admitir, por la vía de la presunción de inocencia, unas alegaciones que ya han sido debidamente confrontadas en el trámite probatorio y que han sido analizadas profundamente, por la Sala sentenciadora, sobre la base de pruebas lícitamente obtenidas y cuyo sentido incriminatorio, a la vista de sus razonamientos resulta incuestionable.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, así como del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

1.- En este punto, combate la afirmación de la sentencia, sobre la atribución al recurrente de la titularidad de la sociedad Longanor S.A., cuando estima que no sólo no ha sido probada en modo alguno, sino que nunca podría haber sido acreditado porque no es cierto, lo cual seguramente resulta más importante. Insiste en que el recurrente, nunca ha ostentado una sola acción de dicha sociedad, desde su constitución hasta hoy, ni tampoco ha tenido cargo o facultad de administración de cualquier tipo sobre la misma. Señala también, que durante toda la tramitación de esta causa, no se adoptó ninguna medida respecto de la misma.

En su opinión, no existe prueba alguna practicada en el juicio oral e incluso durante la instrucción de la causa, ni documento alguno que permita afirmar que la Sociedad Longanor S.A, ni es ni ha sido nunca propiedad del recurrente, ni siquiera parcialmente.

Afirma que no se ha aportado a la causa, el historial registral de la Sociedad, ni se ha tomado declaración a ningún accionista ni representante de la misma, y sin embargo se procede al comiso de la finca propiedad de dicha sociedad denominada “La Hacienda de los Melonares”, sin que haya sido parte en el juicio, citando en apoyo de su tesis, varias sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

2.- Sin perjuicio de reiterar una vez más que se hará una referencia expresa al tema de la constitución formal de la Sociedad Longanor S.A, respecto de la finca decomisada al examinar los motivos planteados por la misma, lo cierto es que las afirmaciones fácticas de la Sentencia, en relación con la titularidad y dominio de la misma por parte del recurrente, resultan no sólo inamovibles por la vía del error de derecho, sino que están sólidamente asentadas sobre pruebas existentes en las actuaciones.

A pesar de la titularidad formal de las acciones, en la fecha de la compra de la “Hacienda de los Melonares”, lo cierto es que resulta indiscutible e inatacable por esta vía que, como señala el Ministerio Fiscal, dicha sociedad fue beneficiaria de las ganancias ilícitas originadas por las operaciones Cementeras y Concha Espina y que se canalizaron por sociedades interpuestas como Montilsa, Apolo Inversiones y Servicios, Gay Cordon y Data Transmission, según se desprende del informe de la Agencia Tributaria de Julio de 1.998.

Es un dato objetivo y revelador, que no ha podido ser contradicho por ningún documento concluyente, que acredite el error del juzgador, que la Sociedad Longanor S.A tenía su domicilio social en el despacho del acusado y que la administradora única, así como de otras sociedades dominadas por Arturo Romaní, era su Secretaria Elena García Baquedano.

Asimismo existe prueba testifical y documental, que acredita que dicha sociedad, suscribe una ampliación de capital de inversiones Rondonópolis, que también era de Romaní desembolsando un capital de 171.000.000 de pesetas, que en 1.994 transmitió a sus hijos, transfiriéndoles la participación en la Sociedad.

Por todo ello las afirmaciones de la Sala sentenciadora en relación con la verdadera titularidad y dominio de la Sociedad Longanor S.A, están sólidamente asentadas y responden a una prueba, que fue debatida en el acto del juicio oral y que permitió a la Sala sentenciadora llegar a una conclusión sobre este extremo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOPRIMERO.- Por infracción de ley del art. 849.1º de la Lecrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7º del Código Penal de 1.973 al verificarse su indebida aplicación así como el art. 25 de la Constitución y con carácter subsidiario alternativo la indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- Aunque el motivo se plantea por la vía del error de derecho, en realidad todo su desarrollo, se centra en combatir las afirmaciones fácticas de la sentencia, si bien al final admite dialécticamente que si se hubiera acreditado perjuicio, lo más que podría haberse esgrimido sería una acción social de responsabilidad y no es posible aplicar retroactivamente el delito de administración desleal del art. 295 del Código Penal actual, que no estaba vigente en el momento de la comisión de los hechos.

A pesar de lo expuesto, finalmente y con carácter subsidiario y alternativo, sostiene que es más beneficioso para el reo el Código de 1.995 ya que las penas del art. 295, son de prisión de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Solicita, la condena a la pena de prisión de un año quedando, como facultad discrecional del Tribunal, la imposición alternativa de una pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

2.- Ajustándonos a la literalidad del hecho probado, a lo que nos obliga la invocación del art. 849.1º y la denuncia de la infracción de determinados preceptos penales sustantivos, no podemos sustraernos al contenido del relato fáctico, en el que se afirma que el recurrente y el otro acusado Mario Conde, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las Hormigoneras, para hacer llegar determinados fondos a las sociedades Gaya Cordon y Data Transmission System vinculadas con las anteriores y adquiridas con ese fin, que de no intervenir los anteriores, en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito.

La narración fáctica describe minuciosamente todo el entramado instrumental y la utilización de sociedades interpuestas, para conseguir los fines anteriormente descritos, precisándose en el apartado 9, de forma detallada, cual fue el mecanismo para el aprovechamiento, en propio beneficio, de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon, así como su utilización, a través de sociedades para adquirir determinados bienes.

3.- Dando por reproducidos razonamientos que ya hemos deslizado en anteriores motivos, que versaban sobre estos mismos hechos, debemos insistir en que la disyuntiva entre la opción por el delito de apropiación indebida del artículo 535 del antiguo Código Penal de 1.973 y la posible alternativa de reconducir los hechos al actual artículo 295 del Código Penal, debe ser descartada ya que se trata de figuras delictivas diferentes, que no plantean problemas de concurso de normas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DUODÉCIMO.- Por infracción de ley al amparo de. Art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los arts. 27 y 28 del Código Penal de 1.995 y en su caso los arts. 12, 14 del Código Penal de 1.973.

1.- El motivo ha sido renunciado por lo que nada hay que manifestar sobre este punto.

OPERACIÓN COMERCIAL CENTRO CONCHA ESPINA.

DECIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Se cita, a efectos documentales, los folios 91 y ss de los Tomos 41 a 43 de la Pieza Documental, donde consta el acta de la sesión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, celebrada en fecha 26 de Septiembre de 1.991, asimismo se apoya en el contenido de los folios 10.237 a 10.244 de la Pieza Documental, en los que se contiene el contrato suscrito entre la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A y Dorna S.A, de fecha 25 de octubre de 1.991. También se acude al contenido de los certificados aportados por la parte recurrente en el turno de intervenciones establecido al amparo del art. 793.2 de la LECrim., y en concreto el certificado del Corredor de Comercio Colegiado D. Santiago Travesedo y Colón de Carvajal, que acredita que Montilsa entra en la esfera de administración del recurrente con

fecha 25 de octubre de 1.991. Acude también al contenido de los folios 30.577 y ss de la pieza documental, donde figura el contrato de fecha 5 de Noviembre de 1.991, mediante el que Dorna S.A., compra a Montilsa el 29% de las cuentas en participación. Termina afirmando que por la documental citada anteriormente, se acredita que a la fecha 26 de Septiembre de 1.991, esto es cuando por parte de la corporación Industrial y Financiera de Banesto, se toma la decisión de comprar el 48% de la participación en la esquina del Bernabeu, el recurrente ni ninguna empresa a él vinculada, ostentaba ninguna participación dentro de la referida esquina del Bernabeu.

2.- Todo el desarrollo del motivo está encaminado a tratar de demostrar que el juzgador se ha equivocado, al afirmar que el acusado, antes de la reunión de 26 de Septiembre de 1.991 tenía participación en el negocio conocido como esquina del Bernabeu, lo que impediría que pudiera ser artífice de cualquier maniobra engañosa, ya que no existía un interés propio ni, en su opinión, conocía que el resto de los acusados condenados pudiera tenerlo. En definitiva sostiene que su intervención en todas las operaciones que se describen, es posterior al acuerdo de 26 de Septiembre.

3.- En realidad, para contestar a estas objeciones nos bastaba con remitirnos a la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora, en cuanto que dedica una especial atención al examen y análisis de los documentos alegados por la parte recurrente. En virtud de esta valoración, que no podemos considerar errónea, la Sala da por probado que la Sociedad Gestiesa, sobre cuyo funcionamiento tenían pleno dominio el recurrente y el otro acusado, disponía de una cuota del 29% de las cuentas en participación. Sobre esta base fáctica se inician una serie de transmisiones, en cuyo intermedio aparece la Sociedad Apolo Inversiones, que posteriormente cede a Montilsa ese 29% antes mencionado de las cuentas en participación y que, es precisamente esta Sociedad, la que las vende, a través de Dorna, a la Corporación Industrial Banesto.

La realidad material, que debe buscarse en el curso de la investigación y enjuiciamiento de los hechos penales, está por encima de la apariencia formal de determinados documentos que, sin fiabilidad ni veracidad plena, afirman que efectivamente

la Sociedad Montilsa, entra en la esfera de la administración del recurrente el 25 de Octubre de 1.991, es decir, en fecha posterior a la adopción del acuerdo de compra de las cuentas en participación por parte de la Comisión Ejecutiva. Lo verdaderamente relevante no es el juego, que puede ser perfectamente maquillado, de las fechas, sino el hecho incuestionable de que el acusado disponía, antes del mencionado acuerdo, de las cuentas en participación a través de Gestiesa y Apolo y que esas cuentas en participación se adquirieron a título gratuito por Montilsa, para su posterior venta a título oneroso y a un precio altamente remunerativo a Dorna, que es finalmente la entidad que se las vende a la Corporación, consumándose de esta manera el lucro ilícito mencionado.

En definitiva, sea cual sea la fecha real de la entrada del recurrente en Montilsa, lo cierto es que el proceso seguido para la ejecución del beneficio y que se describe en el relato de hechos probados, no resulta desmentido por el contenido de los documentos invocados.

4.- Encontrándonos, como sucede en el caso presente, ante un supuesto de error de hecho, no puede olvidarse que nuestro sistema no solamente limita su posible estimación a la vía exclusiva de la aportación documental, sino que es muy estricto en cuanto al contenido de los documentos y admite la posibilidad de que existan otras pruebas de carácter personal, pericial o documental, que pueden contradecir el contenido, más o menos consistente, de determinados documentos, remitiéndonos expresamente al apartado b) de la valoración jurídica de la prueba realizada por la Sentencia y que figura en el folio 200 y 201 de la misma.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Se citan los documentos contenidos en los folios 383 a 409 de la pieza principal, las actas de la Comisión Ejecutiva de Corporación Industrial Banesto, contenidas

en el tomo 41 de la pieza documental, las actas de la comisión ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, contenidas en el tomo 42 de la Pieza Documental y los folios 117 a 134 del Tomo 42 de la Pieza Documental.

Trata de combatir la afirmación de la sentencia, en la que se dice que el engaño inherente al delito de estafa concurre en la decisión de inversión en el Centro Comercial Concha Espina, que se toma en la sesión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, celebrada en la fecha 26 de Septiembre de 1.991. Partiendo de dicha acta, combate la afirmación de la sentencia que considera como sujeto pasivo de dicho engaño, a los restantes miembros de la comisión ejecutiva de la referida corporación.

Sostiene que de los documentos citados, se desprende que el recurrente y el otro acusado Mario Conde, tenían amplios poderes de administración para obligar a dichas entidades y para haber decidido legítimamente, en el seno de sus poderes de administración, la inversión en el Centro Comercial Concha Espina, sin tener que pasar por el seno de la Comisión ejecutiva, que para nada era preceptiva.

2.- Sobre la base documental anteriormente mencionada, se pretende acreditar que dada la posición dominante del recurrente y de otros acusados, en las reuniones de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto que decidieron la inversión en el Centro Comercial Concha Espina, no existe base fáctica para construir el engaño inexcusable para la existencia del delito de estafa.

Los documentos que se mencionan, reflejan una realidad introducida en su texto por los redactores de los mismos y en principio no existe obstáculo alguno para admitir, que lo que en ellos se relata responde a la realidad de lo acontecido, hasta tal punto, que es necesario llamar la atención sobre el hecho de que, el relato fáctico, no se aparta en nada sustancial, respecto del contenido de los documentos, por lo que difícilmente se puede mantener la existencia de un error de hecho.

Damos por supuesto que las reuniones existieron y se desarrollaron en los términos que se desprenden de los documentos mencionados.

Ahora bien, en nada contradicen las afirmaciones que en la Sentencia se hacen, sobre el alcance jurídico de los acuerdos adoptados y de las respectivas facultades que correspondían a cada uno de los componentes de la Comisión Ejecutiva de la Corporación.

Lo realmente significativo, a los efectos que verdaderamente nos interesan, en relación con la más adecuada y acertada calificación jurídica de los hechos, es que las operaciones se llevaron a efecto, los perjuicios para la entidad o grupo Banesto fueron reales y efectivos y que el recurrente y los otros acusados, ocultaron en dicha reunión, datos sustanciales, que de ser conocidos hubieran impedido la adopción de los acuerdos.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOQUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

1.- Sostiene que los hechos probados no se corresponden con la realidad y que, por ello, no pueden adoptarse como prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia. Combate varias afirmaciones de la sentencia que estima carentes de prueba, como la relativa a la utilización de una Sociedad denominada Gestión de Títulos y Servicios S.A, que con posterioridad se convertiría en Apolo Inversiones y Servicios S.A, para la adquisición de un 29% de las cuentas en participación, cediendo posteriormente esa participación a la Sociedad Montilsa. Asimismo estima que no hay prueba, respecto de las afirmaciones, en relación con que las cuentas de participación es una fórmula que no produce o puede producir tantos beneficios como adquisición de acciones de la sociedad titular del negocio. Tampoco ha resultado acreditado que la conducta del recurrente produjera un perjuicio patrimonial a la sociedad administrada. Por último, combate la

afirmación relativa a que el recurrente no informó a los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación, con fecha 26 de Septiembre de 1.991, y que los acusados vendieron las participaciones que hubieran adquirido ocultando su interés en el negocio.

2.- El motivo utiliza la vía de la vulneración de derechos fundamentales, para denunciar que los hechos probados no se corresponden con la realidad, en este caso, por insistencia de prueba de cargo respecto de las imputaciones que se le hacen en relación con el Centro Comercial Concha Espina.

La valoración de la prueba realizada por la Sala Sentenciadora, y a la que ya hemos hecho referencia en anteriores motivos, pone de relieve la existencia de una prueba válidamente obtenida y sólidamente asentada, sobre elementos probatorios incorporados a las actuaciones y desarrollados en el momento del juicio oral.

El artificioso camino seguido para transmitir las participaciones de unas sociedades a otras, ya ha quedado desmontado por las valoraciones probatorias racionales, lógicas e incontrovertibles, realizadas por la Sala sentenciadora, por lo que el resto de las alegaciones sobre la existencia o no de un perjuicio para la sociedad administrada, el carácter de la información facilitada a los componentes de la Comisión Ejecutiva y las ventajas o desventajas derivadas de que, la transmisión a la Entidad Banesto, fuese de cuentas en participación y no de acciones, es un tema que más que impugnar la realidad de lo afirmado por la Sentencia, entra en valoraciones que corresponderían a la calificación jurídica de los hechos, de tal manera que, puede observarse, por el desarrollo del motivo, cómo después de combatir la realidad fáctica, se termina argumentando que no ha existido engaño y solicitando la absolución. En definitiva, suscita temas de fondo y no desmonta la valoración probatoria que realiza la Sala sentenciadora.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por haberse infringido los arts. 248 y 250.6º y 7ª del Código Penal de 1.995, por indebida aplicación de los mismos y, con carácter subsidiario o alternativo, por indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- Estima que no existen los elementos configuradores del delito de estafa, que exigen necesariamente un engaño, que provoque un error en otro, que le conduce a realizar una disposición patrimonial, en su propio perjuicio o en el de un tercero. Señala que el engaño ha de ser capaz, idóneo o bastante, por lo que sin engaño no hay error ni conducta fraudulenta alguna y estima que, en este caso, el engaño no es capaz de causar error, por las circunstancias concretas que rodean el hecho. Tampoco existe un pretendido perjuicio para la Corporación Industrial Banesto y un correlativo beneficio ilícito de unos determinados administradores, entre los que se encuentra el recurrente.

Señala que las acusaciones optaron por la calificación de los hechos como delito de estafa, cuando la esfera de tipicidad, más cercana a esta pretensión acusatoria, la ofrece el art. 295 del Código Penal de 1.995 (administración desleal), inexistente en el momento de los hechos y de imposible aplicación retroactiva contra el reo.

Por último y a efectos dialécticos, admite, como alegación subsidiaria o alternativa, que hubiera existido un abuso de funciones en determinados administradores de la Corporación Industrial Banesto, al ostentar una pretendida doble posición societaria, en cuyo caso procedería la aplicación retroactiva favorable al reo del art. 295 del Código Penal vigente, que habría venido a descargar de funciones incriminadoras al delito de estafa. A la vista de ello, se solicita la imposición de la pena de un año de prisión, ya que con respecto al art. 295, no operan los tipos agravados del art. 250 del Código Penal.

2.- La cuestión de fondo que se plantea en el presente motivo ya ha sido abordada en anteriores apartados, por lo que, en lo sustancial, la daremos por reproducida. Es evidente que no puede establecerse un paralelismo entre el delito de estafa y el de administración desleal, por lo que cualquier pretensión de aplicar criterios de especialidad o alternatividad carece de viabilidad en el supuesto presente.

Como puede observarse, no se hace referencia, en este punto, a la continuidad delictiva aplicada por la Sala sentenciadora, al amparo del artículo 74 del Código Penal de 1.995, por lo que no es necesario entrar en valoraciones sobre esta posición jurídica adoptada por la Sala sentenciadora.

En relación con las circunstancias de agravación específica del artículo 250 del Código Penal y que han sido aplicadas en la sentencia, debemos señalar que, por lo que se refiere a la especial gravedad, derivada del valor de la defraudación y la entidad del perjuicio, no cabe discutir que, aunque la sociedad afectada tuviese una relevante posición económica, el elemento determinante de su aplicación viene marcado por el valor objetivo del hecho delictivo, que se imputa a los acusados y que en el caso presente alcanza la considerable cifra de 1.776 millones de pesetas.

Por lo que respecta a la circunstancia séptima, que se refiere al abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador, estimamos que nos encontramos ante un supuesto paradigmático, tal como han sido relatados los hechos por la Sala sentenciadora, ya que el protagonismo delictivo corresponde a unos administradores, que ocupaban una posición dominante y relevante, dentro de la entidad financiera, que se aprovechan de ella para poder montar todo el entramado que constituye el engaño determinante de la estafa y que, además, desarrollan una actividad principal, en función, no sólo de su posición institucional, sino también desde su dominio de hecho, en el funcionamiento del complejo financiero, de cuya administración eran responsables.

No por ello, se puede confundir esta conducta con la de administración desleal, ya que en este caso, la trama engañosa estaba directamente encaminada a conseguir un lucro o beneficio propio para el recurrente y los otros acusados, lo que excluye la figura de la administración desleal que se basa en el perjuicio, a las terceras personas que se describen en el artículo 295 del Código Penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OPERACIÓN OIL DOR.

DECIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 de la Lecrim, por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan, como documentos acreditativos del error los folios 383 a 409 de la pieza principal, las actas de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, contenidas en el tomo 41 de la pieza documental, las actas de la Comisión Ejecutiva de Corporación Industrial Banesto, contenidas en el Tomo 42 de la pieza documental y los folios 117 a 134 del Tomo 42 de la pieza documental.

Combate la afirmación de la sentencia, en la que se dice que el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, de fecha 2 de Abril de 1.992, sólo pudo ser alcanzado por el concurso de todos los asistentes, pues los acusados por esta operación (Arturo Romaní, Mario Conde y Rafael Pérez Escolar) no constituían la mayoría suficiente, para la adopción válida de la prueba; ya se ha dicho, en otra ocasión que, tanto el recurrente como los otros acusados, tenían amplios poderes de administración, para obligar a dicha entidad y, por tanto, para haber decidido, legítimamente, en el uso de sus facultades de administración, la inversión en Oil Dor, sin tener que pasar por el seno de la Comisión Ejecutiva, que para nada era preceptiva, lo cual tiene un significado suficiente para modificar el sentido del fallo.

En su opinión queda claro que no pueden existir engañados y por tanto no existen los sujetos pasivos del delito de estafa.

2.- El motivo reproduce anteriores argumentos, ya esgrimidos en relación con la operación Concha Espina y se centra, fundamentalmente, en la innecesariedad de que la inversión en Oil Dor pasara por la Comisión Ejecutiva.

Como puede verse se trata de un razonamiento o valoración jurídica, que nada tiene que ver con un motivo por error de hecho, ya que la realidad incontestable de la redacción fáctica, es que la Comisión Ejecutiva se reunió el día 2 de Abril de 1.992 y, en dicha reunión, se acuerda autorizar la inversión mencionada, facultando al Presidente, para realizar todas las gestiones relacionadas, con la incorporación de la Corporación Industrial a la estructura accionarial de la citada entidad.

Por tanto, todo lo que se afirma en el relato de hechos probados, no está en contradicción con los documentos invocados, por lo que no puede prosperar la pretensión de que se rectifique. Cuestión distinta, es la relativa al fondo del debate, en relación con la existencia o inexistencia del engaño, como elemento esencial y determinante de la concurrencia de un delito de estafa.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Cita como documento, el acta de la Comisión Ejecutiva de 2 de Abril de 1.992, obrante al folio 136 del Tomo 41 de la Pieza Documental.

Considera que la sentencia incurre en error al contar el voto de D. Cesar Albiñan Cilbeti, por cuanto como Secretario de la Comisión Ejecutiva, no tenía voto limitándose únicamente sus funciones, a las de reflejar, en el acta, lo que allí se expuso. Por lo que vuelve a reproducir lo alegado anteriormente, en el sentido de que el recurrente y los otros dos acusados, constituían la mayoría suficiente para adoptar válidamente el acuerdo.

2.- La cita documental que se ha mencionado en el anterior apartado, tiene como objeto demostrar que la sentencia, es errónea al contar con el voto de la persona que sólo ostentaba la condición de Secretario de la Comisión Ejecutiva y que no podía participar en la configuración de la decisión adoptada.

El motivo pretende acreditar que, en función de la mayoría de que disfrutaban los acusados, podían, sin obstáculo alguno, llegar a un acuerdo, admitiendo dialécticamente que, en todo caso, pudiera haber autoengaño impune, cuestión que ya ha sido planteada con anterioridad, por lo que nos remitimos a la contestación dada sobre este punto.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMONOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española así como del art. 6.2 del Convenio Europeo, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

1.- Estima que no existe prueba de cargo válida, para enervar la presunción de inocencia y entiende, por el contrario, que el recurrente, en el momento de la adopción del acuerdo de inversión en la sociedad Oil Dor (2 de Abril de 1.992), no tenía ningún interés personal en el negocio, por lo que poco podía informar a la Comisión. Tampoco ocultó la marcha del negocio a los restantes miembros de la Comisión y, por último, no ha quedado en modo alguno acreditado, que el precio pagado por la Corporación fuera excesivo, en cuanto al negocio adquirido, puesto que ello supondría poner en duda, los informes de FG Inversiones Bursátiles y de American Apraissal.

Asimismo niega que, el informe de American Apraissal, se asentara sobre datos falsos, lo cual no ha quedado acreditado en modo alguno, deduciéndose de la propia sentencia, que los informes presentados, se realizaron de cara a la maximización del precio para el vendedor.

2.- Por la vía de la presunción de inocencia, se pretende acreditar que no ha habido actividad probatoria, para acreditar los elementos fácticos que sustentan la calificación realizada por la Sala sentenciadora, que considera estos hechos, en unión de los

que relata en relación con la operación Concha Espina, como constitutivos de un delito de estafa.

En esencia, viene a sostener que, la actividad probatoria sobre la ocultación del interés personal que el acusado tenía en la operación, es insuficiente y sostiene, que tampoco hay prueba bastante, para acreditar que los objetivos comerciales marcados, eran, cuando menos ilusorios, y que el precio pagado resultaba notoriamente excesivo.

3.- La cuestión ya ha sido planteada con anterioridad y bastaría con remitirnos a los razonamientos que se incorporan en la Sentencia recurrida, para declarar, de forma tajante, que ha existido actividad probatoria válida y suficiente para acreditar todos y cada uno de los extremos que la parte recurrente impugna.

Como señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, la prueba documental manejada acredita que la Sociedad Oil Dor S.A, constituida el 6 de Marzo de 1.991, estaba participada fundamentalmente por los hermanos García Pardo a través de sociedades suyas o de personas vinculadas. También se ha acreditado, que la operación para que la Corporación entrara en Oil Dor, comienza en el último trimestre de 1.991 y que se actúa sobre unas valoraciones realizadas por FG Sociedad de Valores y Bolsa y American Appraisal, que toman como referencia las manifestaciones de los interesados en la venta, sin que conste ningún análisis crítico de dichas informaciones.

Todo el recorrido posterior, desde el 2 de Abril de 1.992, en que se acuerda autorizar la inversión por parte de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, se realiza con la intervención directa y principal del recurrente y de otro acusado. Estos intervienen y participan en la ampliación de capital de Oil Dor adquiriendo acciones al precio de 10.000 pesetas de valor nominal. También resulta acreditado que, al final, los acusados, a través de la Sociedad Montilsa, venden las acciones que habían adquirido a 10.000 pesetas por 270.000 pesetas cada una, a una sociedad perteneciente a los hermanos García Pardo y que esta sociedad posteriormente vende las acciones de la Corporación al precio de 300.000 pesetas.

Como puede verse la operación reportó importantes y lucrativos beneficios al recurrente y a los demás acusados, a costa de los intereses de la Corporación Banesto.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por haberse infringido por la Sala sentenciadora los arts. 528 en relación con el art. 529.7 del Código Penal de 1.973 y solicita con carácter subsidiario o alternativo la aplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- Igual que en motivos anteriores, sostiene que existe identidad entre el que engaña y quien realiza el acto de disposición y que el engaño, no es bastante para inducir a error y producir el desplazamiento patrimonial, por lo que no existe perjuicio alguno.

Por último renuncia expresamente a la parte del motivo que plantea con carácter alternativo, esto es a la indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

2.- Como puede verse por lo anteriormente expuesto, la cuestión de fondo es sustancialmente idéntica a la planteada en otros apartados, sobre la inexistencia del engaño y la concurrencia de la agravante específica del artículo 529.7 del Código Penal de 1.973. Todo lo relativo a la existencia del autoengaño y a la inexistencia del delito de estafa, por ostentar la mayoría del Consejo de Administración, ya ha sido respondido por lo que nos remitimos a lo allí manifestado para impugnar también este motivo. Insistimos en que el valor de la defraudación, era de tal entidad, que resulta perfectamente justificada, la aplicación de la agravante mencionada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OPERACIÓN CARBUROS METALICOS.

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.1 en relación con el art. 118 ambos de la Constitución.

1.- En definitiva denuncia la vulneración del derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva y concretamente en la operación Carbueros Metálicos, por existir un proceso civil que pende ante un órgano de la jurisdicción Civil en el estado de Liechteinstein, entre la entidad Banco Español de Crédito y la Sociedad Mariella Real State Holding Establiment, en el que se discute la titularidad del importe de 1.344 millones de pesetas, que motivó la acusación, en relación a dicha operación y que ha dado lugar a la condena del recurrente.

Estima que la existencia de un título de propiedad, a favor de Banesto respecto de los 1.344 millones de pesetas pagados por la mercantil Air Products, resulta previo e indispensable a los efectos de la determinación del delito de apropiación indebida.

Reconoce que esta cuestión, ya fue expuesta al inicio del acto del juicio oral, solicitándose la suspensión del mismo o la no inclusión de la operación de referencia, a través del planteamiento de una cuestión prejudicial devolutiva y el presente motivo casacional se plantea precisamente por causa de la denegación de dicho planteamiento.

En síntesis, la parte recurrente sostiene, que se ha afectado el principio de seguridad jurídica, establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, ya que el debate sobre la pertenencia o titularidad de los 1.344 millones de pesetas que se extrajeron de la operación Carbueros Metálicos, está pendiente de un proceso civil en el estado de Liechtenstein, entre el Banco Español de Crédito y la Sociedad Mariela RealState Holding Stableismen

2.- Como puede verse, si se hace un repaso de las actuaciones, este tema fue planteado como cuestión previa y resuelto por auto de la Sala de 9 de Marzo de 1.998, a cuyos razonamientos nos remitimos sustancialmente. Conviene recordar que el sistema de cuestiones prejudiciales, inicialmente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha sido complementado por el art. 10 de la Ley 6/1.985 del Poder Judicial, que autoriza a cada

orden jurisdiccional, para conocer de los asuntos que no le están atribuidos privativamente. En todo caso la jurisdicción penal, a los efectos de la averiguación de la verdad material y de la construcción de los elementos integrantes del hecho delictivo que enjuicia, goza de autonomía y ha dispuesto de prueba necesaria, para dilucidar el debate que, por otro lado y de manera sorpresiva ha quedado despejado en la vista de este Recurso de Casación, al manifestarse por dos de los Letrados intervinientes, que la cantidad en litigio había sido entregada recientemente a Banesto, desistiéndose del procedimiento civil al que se hace mención. Esta declaración no ha sido desmentida por ninguno de los letrados que intervinieron en la vista oral.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., en relación al art. 5.4 de la LOPJ y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución, así como del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

1.- En definitiva, esgrime la presunción de inocencia, por considerar que no existe prueba respecto de la afirmación de la sentencia de que el recurrente y otro de los acusados, se puso en contacto con el acusado Jacques Hachuel. Asimismo considera que no existe prueba alguna, respecto de la afirmación de que existiese una prima de 2.000 pesetas por unidad de opción, ya que el contrato fechado el 4 de Abril de 1.990, a través del cual la mercantil Air Products adquiere 672.000 Warrants no contiene referencia alguna a ese precio de opción.

Estima que no pueden esgrimirse, como pruebas de cargo, las declaraciones de algunos de los miembros de Air Products, ya que se hallan repletas de contradicciones. Sostiene que el fax de fecha 16 de Marzo de 1.990, no es prueba de cargo, ya que la firma en dicho fax ha sido negada por el recurrente y no se ha efectuado prueba alguna encaminada a demostrar su autenticidad.

Por último, considera que no se puede dar carácter de prueba documental a los faxes unidos a la causa.

Por consiguiente mantiene, que no se puede afirmar de forma válida, que el importe de la transferencia efectuada a D. Jacques Hachuel fuera propiedad o estuviera destinada a Banesto o a Corporación Industrial y Financiera Banesto, por lo que no ha existido apropiación indebida, en los términos fijados por el art. 535 del Código Penal de 1.973.

2.- En realidad y dado los términos en que está planteado el motivo, nos bastaba con hacer una referencia al último extremo a que nos hemos referido anteriormente, para descartar la pretensión impugnatoria.

No puede olvidarse que todo el esfuerzo argumental y toda la invocación de documentos y pruebas y la valoración personal que de las mismas hace el recurrente, está encaminada, en definitiva, a demostrar que el importe de la transferencia efectuada a Jacques Hachuel, le pertenecía a éste en comisión y no estaba destinada a Banesto o a la Corporación Industrial y Financiera Banesto, lo cual, a su juicio, eliminaría el delito de apropiación indebida. Además de los razonamientos valorativos que se hacen por la sentencia recurrida y de las detalladas alegaciones que el Ministerio Fiscal realiza al impugnar este motivo y que hacemos nuestras, lo cierto es que, como se reconoció en la vista del presente recurso, el dinero ha sido reintegrado finalmente a Banesto, aunque renunciando éste a los intereses que le eran debidos, lo que acredita que hubo una incuestionable maniobra apropiatoria.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7ª del Código Penal de 1.973 por indebida aplicación y con carácter subsidiario por indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- Estima que no está verificado el dato, que viene a constituir el presupuesto conceptual de la conducta típica de la apropiación indebida, esto es la propiedad de Banesto sobre los referidos 1.344 millones de pesetas, que constituye un presupuesto fáctico jurídico de naturaleza civil, que condiciona toda posibilidad de criminalización de los hechos, a los efectos del delito de apropiación indebida.

Recuerda que el delito de apropiación indebida, es un delito especial a los efectos de la autoría y que el recurrente no puede ser autor, porque no detentó la posesión del dinero con la obligación de entregar o devolver a Banesto.

Como argumento final, vuelve a repetir, con carácter subsidiario y alternativo, que la calificación de los hechos podría hacerse al amparo del art. 295 del Código Penal, pudiéndose imponer una pena de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, solicitando una pena de un año de prisión.

2.- La cuestión reproduce otras argumentaciones deslizadas anteriormente, sobre la calificación jurídica de los hechos y sobre la posibilidad alternativa de aplicar el artículo 295 del vigente Código Penal que tipifica el delito de administración desleal.

Una vez más, hemos de insistir que una cosa es la maniobra apropiatoria, realizada a través del apoderamiento físico y material de la cosa mueble o de la distracción del dinero, en provecho propio y exclusivo del autor material de ambas conductas y otra distinta la gestión o comportamiento desleal, a través de actividades fraudulentas o negocios perjudiciales que van en detrimento de los componentes de la sociedad y que se consuman, sin necesidad de que exista acreditado un beneficio económico para su autor, que proceda de los bienes de la sociedad, siendo suficiente conque se constate el perjuicio económico a las personas que se describen en el art. 295 del vigente Código Penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

C) RECURSO DE FERNANDO GARRO CARBALLO.

PRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho fundamental al Juez Ordinario predeterminado por la ley según el art. 24.2 de la Constitución.

1.- La cuestión es idéntica a la planteada por el recurrente Mario Conde y ha sido contestada al responder a la cuestión preliminar segunda.

SEGUNDO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta por la sentencia recurrida, el derecho fundamental a un proceso público y con todas las garantías.

1.- Enlaza con el motivo anterior y añade que, dado lo anómalo del nombramiento del magistrado Instructor, nos encontramos ante un Juez, que no es ajeno a los intereses de las partes en litigio, por lo que no ofrece una apariencia de imparcialidad.

Cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, afirmando que la imparcialidad consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. De ello depende la confianza, que los Tribunales de una sociedad democrática, deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados.

2.- El planteamiento es una variante del tema ya resuelto, con carácter general, sobre las vicisitudes surgidas con motivo del nombramiento del Juez Instructor del presente procedimiento. Nos remitimos a lo anteriormente expuesto para mantener, una vez más, la regularidad de su nombramiento y el escrupuloso respeto al principio del Juez Ordinario predeterminado por la Ley, sin que pueda ponerse en cuestión su imparcialidad.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, a que se refiere el art. 24.2 de la Constitución, en relación con el de obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión, (artículo 24.2 de la Constitución y art. 11.1 de la LOPJ).

1.- Sostiene que no se ha respetado lo dispuesto en el art. 118 de la LECrim., en materia de derecho de defensa, ya que no se ha puesto en conocimiento del recurrente la existencia de imputación sobre el hecho supuestamente punible a que se refiere la operación “Locales Comerciales”, ni las actuaciones procesales que se estaban llevando a cabo, por tal razón, a sus espaldas, lo que sin duda supone la vulneración constitucional de referencia.

Cita la cronología de los acontecimientos que, según su versión, comienza el 7 de Noviembre de 1.994 y señala que hasta el 11 de Enero de 1.995 no comparece a prestar declaración en concepto de imputado, a tenor de los hechos que se le atribuyen en la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal. En su opinión cuando todavía el procedimiento no se sigue contra él, porque no se ha presentado ampliación de la querrela por el tema “Locales Comerciales” y sin habérselo advertido, de que podía ser objeto de persecución o de instrucción, se le interroga a presencia judicial por el Ministerio Fiscal.

En conclusión, sostiene que, desde hacía cuatro meses, se venían llevando a cabo actuaciones judiciales, por razón de la operación “Locales Comerciales”, sin que fuese puesto en conocimiento por nadie hasta el 16 de Marzo de 1.995.

2.- La propia secuencia de las vicisitudes procesales, que asume la parte recurrente y que está corroborada por el contenido de las actuaciones, pone de relieve que no se le ha causado indefensión.

Ya se ha aludido, en el apartado correspondiente a las especiales características de la presente causa y a las consecuencias procesales, que pueden derivarse de lo que, en la terminología científica y jurisprudencial, se ha dado en denominar como maxiprocesos.

Es evidente que en la querrela del Ministerio Fiscal, que da lugar al comienzo de las presentes actuaciones, no se hace referencia a los “Locales Comerciales”, si bien se realiza una previa descripción, de los antecedentes que han llevado a la acusación pública a investigar primero, en fase procesal y posteriormente a ejercitar la acción penal por medio de la querrela.

Según los datos que se manejan, todo surge con ocasión de una decisión del Banco de España, de intervenir la entidad financiera Banesto relevando a sus directivos. La razón de esta intervención administrativa, se basaba en la existencia de un desajuste económico, de proporciones tales que comprometían seriamente la viabilidad de la sociedad bancaria e incluso la estabilidad de todo el sistema financiero.

Las investigaciones administrativas tenían que ser necesariamente complejas y no podía aflorar, en un solo instante, toda la realidad de la causa que había originado el desequilibrio económico. Como es lógico, del examen de la numerosa documentación, que servía de sustento para tomar la decisión mencionada, debía ser escalonadamente examinada y así fueron surgiendo, datos reveladores de actividades irregulares, que no sólo tenía ribetes delictivos, en sí mismas, sino que había sido el motivo del desastre económico final.

El Ministerio Fiscal, impulsado por la necesidad de poner cuanto antes en marcha un procedimiento de investigación criminal de los hechos, incluyó en su querrela aquellos datos que, de alguna manera, ya habían sido constatados por los inspectores del Banco de España, en el inicio de las investigaciones llevadas a cabo en el expediente administrativo.

En el desempeño de esta tarea que, como ya hemos dicho exigía tiempo, se detectan las operaciones relacionadas con los “Locales Comerciales”, lo que da lugar a que el Ministerio Fiscal, profundice en la querrela y abra la posibilidad de que las averiguaciones se encaucen ampliando su campo de acción, a la investigación del papel que el recurrente haya tenido en dichas actividades.

3.- No puede olvidarse que, durante un determinado período, las actuaciones fueron declaradas secretas y que, una vez que la investigación perfila los hechos, sobre la operación conocida como “Locales Comerciales”, se le toma declaración sobre los mismos.

El transcurso de un plazo razonable de tiempo, entre la aparición de indicios y datos sobre la existencia de un delito y la toma de declaración a la persona o personas que aparezcan, a primera vista, como posibles imputados a título meramente material y no formal, no produce, por sí misma, indefensión, si se comprueba, como sucede en el caso presente, que el afectado tuvo oportunidad sobrada de plantear su defensa y valerse de todos los medios probatorios necesarios para desmontar las imputaciones iniciales. No puede sostenerse, que toda la investigación se llevase a espaldas del acusado, cuando lo que sucede, como ya se ha visto, es que el progreso, necesariamente lento y trabajoso de una investigación de esta naturaleza, va haciendo aflorar nuevos hechos, que es necesario valorar y depurar, antes de tomar la decisión de citar a una persona en concepto de posible autor y responsable.

No es posible, porque sería prematuro e improcedente, citar de manera infundada e inmediata, a una persona que aparece involucrada en una operación compleja, de las características de las que se reflejan en el hecho probado, sin tomar un tiempo de valoración y reflexión, sobre el alcance del resultado de las investigaciones y de su posible participación.

No es racional pretender que, en una causa de miles de folios y de abundantísima prueba documental, se materialice la actividad procesal del investigador de manera instantánea, sin una previa depuración y análisis de los elementos que tiene entre manos.

4.- Cuando comparece a prestar declaración, según su cómputo, cuatro meses después de haberse iniciado la investigación, se le otorga la posibilidad de dar su versión de los hechos, manteniéndosele intactas sus posibilidades de defensa, ya que el plazo de demora, no sólo ha sido razonable, sino que está totalmente justificado por las

características de los hechos que han sido objeto de investigación. A partir de ese momento, dispuso de la posibilidad de esgrimir todos los elementos probatorios que estimase pertinentes para su descargo y ha podido interrogar y hacer interrogar tanto a los testigos de cargo como de descargo.

5.- Finalmente y, en relación con el aspecto concreto que se refiere a la impugnación de la prueba derivada de las averiguaciones de los inspectores del Banco de España, por considerarla viciada y prohibida, debemos recordar que esta alegación ha sido reiterada a lo largo de los diversos motivos y ha sido contestada, como cuestión previa y general, en el apartado correspondiente, al que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión contempladas en el art. 24.1 de la Constitución.

1.- Advierte que, en el relato fáctico de la sentencia, se recogen una serie de afirmaciones, en algunos casos ciertamente tajantes, respecto de las cuales no se ha hecho mención alguna acerca de su fundamento probatorio, por lo que es absolutamente desconocido, cual haya podido ser la fuente de la que se ha formado la convicción de la Sala sentenciadora.

A continuación hace un relato de las afirmaciones de hecho a las que se refiere y mantiene que, ninguna de estas declaraciones es verdad, si bien matiza que, en algunos casos es una verdad a medias.

Estima que no puede acudir al art. 849.2 de la Lecrim., para combatir las afirmaciones que considera equivocadas.

2.- Como puede observarse y así lo expresa de forma directa la parte recurrente, no nos encontramos ante un supuesto de error de hecho, ya que no se acude a ningún instrumento documental, que pueda servir de apoyo para declarar la existencia de una equivocación del juzgador, al relatar el hecho probado.

En realidad se manejan e invocan vulneraciones de derechos fundamentales, por denegación de la tutela judicial efectiva, con la consiguiente causación de indefensión, aunque también pudiéramos entender que sugiere el desconocimiento del principio de presunción de inocencia.

3.- El apartado relativo a la denominada operación de “Locales Comerciales” es amplio y detallado. Permite a la parte recurrente impugnar todas y cada una de las adquisiciones que se le imputan, y esgrimir pruebas contradictorias o denunciar su insuficiencia, en relación con los extremos que se declaran probados. La fundamentación y valoración de la prueba disponible, se ha realizado por la Sala sentenciadora, de manera suficiente, agrupando e interrelacionando los elementos probatorios de carácter documental y testifical, que le han permitido llegar a establecer unas determinadas conclusiones. Es admisible su alegación sobre la no especificación separada sobre cada una de las nueve operaciones, que se detallan, pero ello no supone una falta de tutela judicial efectiva, ni le ocasiona indefensión porque siempre tienen abierta la posibilidad, de utilizar elementos documentales contradictorios o invocar la tutela que se deriva del principio constitucional de presunción de inocencia, que en este caso aparece descartada por la simple lectura del relato de hechos y los razonamientos probatorios utilizados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse respetado el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías a que se refiere el art. 24.2 de la Constitución, en relación con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión.

1.- Entiende que existe una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, vinculado, en el presente caso, a la prueba realizada por los peritos

inspectores del Banco de España Srs. Román Quiñones y Monje García, cuyo contenido se acepta por la sentencia para fundamentar el fallo, aunque no se cite, sirviendo además de modelo que ha sido seguido por otras instancias intervinientes en la prueba, de manera absolutamente idéntica y que sí se citan como prueba de convicción.

Insiste en combatir el auto del Tribunal, de fecha 4 de Noviembre de 1.997, que resuelve negativamente el incidente de recusación de los Peritos, considerando que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías.

Afirma que todo se inicia por una solicitud al Fiscal General del Estado, para que averigüe si las actuaciones de los gestores de Banesto, pudieran ser constitutivas de delito, lo que considera que, en realidad, se trata de la solicitud de la formación de una causa general, lo cual es una actitud que parece chocar con lo que el Tribunal Constitucional, ha llamado sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. En su opinión los que han puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal la noticia críminis, actúan posteriormente como peritos, lo cual compromete su imparcialidad.

2.- En este apartado se hacen una serie de consideraciones, sobre el papel desempeñado por los peritos del Banco de España, que llevaron a efecto la inspección acordada ante la situación económica de la entidad financiera Banesto. Reitera las mismas consideraciones que se han realizado por otros recurrentes, sobre la imparcialidad de los mismos y su posibilidad de ser utilizados como peritos de la acusación.

Sin perjuicio de dar por reproducido todo lo expuesto con carácter general sobre este punto, conviene precisar que, en el caso concreto, que afecta al presente recurrente y concretamente en todo lo relacionado con la operación “Locales Comerciales”, la Sala expone de manera expresa, que sus convicciones se han asentado sobre otras pruebas periciales, que menciona en la sentencia y que, en principio, nada tienen que ver con los dictámenes periciales a los que hace referencia. No es obstáculo para esta afirmación, el hecho de que el material documental manejado y las valoraciones iniciales de los peritos del Banco de España, hayan estado presentes en el momento de elaborar sus conclusiones por

los peritos del ICAC, pero ello no los contamina ni los invalida, ya que constituyen conclusiones autónomas, de las que se hacen responsables sus redactores. También se ha tenido en cuenta otros informes periciales, sin descartar los presentados por las defensas. En todo caso conviene recordar que los peritos no han sido los denunciantes.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.

1.- En relación con la operación “Locales Comerciales”, señala que el Ministerio Fiscal amplió la querrela, a partir de un informe de la Subdirección General de Auditoría Interna de Banesto de fecha 8 de Enero de 1.992 y considera que no se trata de una prueba documental, sino de una denuncia que no está firmada y cuya autoría nadie quiere reconocer, por lo que resulta que es una denuncia anónima y además de anónima es falsa. Cita la Ley de Enjuiciamiento Criminal y una instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 3/1993 de 16 de Marzo, que admite que una denuncia anónima pudiera ser un vehículo transmisor de la noticia criminal, pero que no se le puede dar valor probatorio. También menciona una sentencia del Tribunal Supremo del 6 de Octubre de 1.997 que veda que, en el proceso penal, tenga validez la declaración del testigo anónimo, y en ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Señala que los informes de los Inspectores del Banco de España referidos a los ejercicios de los años 1.992 y 1.993, que se citan como antecedentes y fundamento del acuerdo de intervención del banco, no mencionan, para nada, el problema de los locales comerciales, ni la existencia del informe de la auditoría interna de 1.992. Rechaza la veracidad de todos los informes, si bien reconoce que los de Americam Appraisal, son posteriores a esa fecha de 8 de Enero de 1.992, pero son muy anteriores al uso que luego se hace de este documento.

Admite que el informe que ha llegado a la causa, habla de seis operaciones y que el informe del que se habla, con carácter oficial, por el Consejero Delegado, se refiere no solamente a seis locales, sino a más operaciones. Termina su alegato, realizando un extensísimo análisis del contenido del acta del juicio oral.

2.- Por esta vía se introduce el debate concreto, sobre la presunción de inocencia, basándose en que la ampliación de la querrela del Ministerio Fiscal, se basó en un informe de la Subdirección General de la Auditoría interna de Banesto. Considera que dicho informe, más que un documento, es más bien una denuncia anónima que resulta inválida e ilícita como prueba sustentadora de las afirmaciones fácticas de la sentencia.

Desde un punto de vista general y teórico, podemos compartir las consideraciones que se hacen, sobre los peligros que pueden derivarse de la existencia de una denuncia anónima. En el caso presente esta característica, no concurre en cuanto que está perfectamente identificado el organismo del que procede el informe, que ha permitido a la policía judicial iniciar una compleja y difícil tarea de hacer un seguimiento de los talones bancarios que tienen su origen en las operaciones sobre locales comerciales.

La utilización, como punto de partida para una investigación criminal, de una denuncia anónima debe ser ponderada y examinada con cautela, analizando no sólo su contenido, sino también la naturaleza de los hechos que se trata de poner en conocimiento de la policía judicial o de los órganos judiciales encargados de la instrucción de un determinado asunto (Ver sentencias de 18-2-2002 y 23-3-1.999 TS y 111/99 del TC).

La parte recurrente abre además otro flanco y califica el informe de falso. Esta rotunda afirmación carece de cualquier sustento probatorio, que pueda acreditar este extremo. Se podría dudar de su contenido, pero atribuirle una falsedad que pudiera tener ribetes delictivos, carece de fundamento sólido.

3.- A efectos dialécticos, podríamos admitir que algunas afirmaciones del relato fáctico, respecto al cargo real que el recurrente ocupaba en el organigrama del Banco, no

son enteramente exactas, pero su inexactitud carece de relevancia sustancial, a la hora de calificar los hechos que son objeto de impugnación.

Como señala el Ministerio Fiscal, es cierto que inicialmente el acusado ocupó el puesto de Director General de Relaciones Externas y Régimen Interior y que no existía la Dirección General de Servicios, de la que se haría cargo el 17 de Julio de 1.989, sin embargo lo verdaderamente importante no es la denominación del cargo, sino las facultades que el recurrente ostentaba, para realizar las operaciones que le son imputadas. Este dato aparece acreditado por las declaraciones testificales de varios empleados de Banesto y aparecen corroborados por hechos tan concluyentes, como la aparición de sus firmas en los contratos, que contenían las adquisiciones y la puesta del Visto Bueno tal como se deduce de las pruebas practicadas.

Estas facultades decisorias son las que sustentan la calificación jurídica de los hechos, realizada por la Sala sentenciadora y está perfectamente acreditado, por los informes de la policía judicial existentes en los autos y ratificados en la causa. Dichos informes sirven para probar que las decisiones de comprar, las directrices sobre la forma de realizar la operación y el manejo de los fondos generados por las adquisiciones procedían y emanaban, de forma directa y personal, del acusado, sin perjuicio de que pudieran existir otras personas que estuvieran al tanto de sus actividades.

4.- Los informes periciales a los que hemos hecho referencia con anterioridad, sientan las bases probatorias necesarias para establecer, como conclusión fáctica incontrovertible, que el acusado dispuso, a través de intermediarios de 1.387 millones de pesetas, por medio del Banco de Comercio y de 102,5 millones, a través del Banco de Sabadell.

La sentencia realiza también una suficiente valoración probatoria, en relación con dos operaciones concretas que el recurrente rechaza e impugna y que hacen referencia a una opción de compra, sobre un almacén en el valle Torregrosa y sobre la justificación de un pago de cuatrocientos cincuenta millones de pesetas, como retribución de unos estudios

medioambientales del corredor del Henares, relacionados con la compra de un local en Azuqueca de Henares. Los informes de los peritos del Colegio de Economistas y el hecho llamativo, de que se pagase más por un informe técnico sobre el medio ambiente, que por el propio inmueble, son datos que avalan las afirmaciones de la sentencia recurrida.

5.- En relación con el seguimiento de los talones, que constituyen una verdadera rueda prácticamente inacabable de emisiones sucesivas, ha sido objeto de seguimiento por la policía judicial y después de profundizar en la complicada madeja generada por la afluencia masiva de cheques bancarios, se llega a la conclusión evidente y no desvirtuada por otros elementos probatorios, que del beneficio obtenido por los sobrepagos pagados por Banesto, han sido canalizados a favor del acusado, por las vías y procedimientos que se relatan en el hecho probado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por no haberse respetado el derecho fundamental a la tutela judicial, efectiva consagrada en el art. 24.1 de la Constitución en relación con el 9.3 del Texto Constitucional en materia de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

1.- El motivo se plantea con carácter alternativo al anterior, ya que estima que tanto de las premisas fácticas de la sentencia hoy recurrida, como su estimación o valoración, no responden a las exigencias que impone el art. 741 de la Lecrim., ya que no se advierte un razonamiento lógico, por el que se haya llegado a la fijación de las mismas, señalando que no basta con juzgar en conciencia, sino que es necesario razonar cómo se ha llegado a formar esa conciencia. Termina afirmando que son erróneas, las afirmaciones respecto de la participación del recurrente, en las operaciones relacionadas con los locales comerciales.

2.- La parte recurrente lleva a cabo una reelaboración de todo el material probatorio existente y que ha sido manejado por la Sala sentenciadora, reconociendo de este

modo su existencia, pero no sólo lo contrapone a otros datos probatorios que considera más relevantes, sino que extrae conclusiones totalmente divergentes de las obtenidas por el juzgador, al realizar su juicio lógico inductivo y plasmarlo en la sentencia.

Se vuelve a insistir en el tema de las competencias que, según su opinión, tenía realmente el acusado, y, al mismo tiempo otorga un sentido radicalmente distinto a la actividad desplegada en el curso de las operaciones relacionadas con el otorgamiento del visto bueno y discrepa, también, de las valoraciones dadas a los inmuebles que constituyen el entramado del relato fáctico.

3.- Con ello pretende acreditar que el juzgador ha procedido arbitrariamente, vulnerando las prescripciones del artículo 9.3 de la Constitución. El análisis del juicio de inferencia, que se incorpora a la fundamentación jurídica de la sentencia como expresión del convencimiento del juzgador, resulta perfectamente lógico y racional. Podrá discreparse de sus conclusiones, pero de ninguna manera puede ser considerado como absurdo y arbitrario. Está basado en la valoración de diversos testimonios y asentado sobre el contenido, de alguna de las pericias existentes en la causa, por lo que se ha respetado escrupulosamente el principio de tutela judicial efectiva y se ha ajustado el razonamiento a las declaraciones lógicas de su contenido probatorio.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la Lecrim., por estimar que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en las actuaciones y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

1.- Desarrollando el motivo, sostiene que no es cierto que el recurrente haya sido nunca Director General de Banesto y no existe en la causa ni un solo documento que acredite ésta afirmación. Afirma que no es cierto que el recurrente, por sus funciones, estuviese relacionado, ni de hecho ni de derecho, con ningún aspecto relativo a la

compraventa de inmuebles, habiéndose limitado a ser Director de Relaciones Externas, encargado de las relaciones públicas del Banco con la prensa e instituciones, excepción hecha del Banco de España.

Tampoco son ciertas, las dependencias jerárquicas que establece la Sala, ya que dependía directamente de Presidencia, como así lo acredita el documento obrante al folio 2.686 tomo IV de la pieza separada de la documental aportada por Banesto.

Asimismo el visto bueno, no tiene ese valor de autorización que la sentencia le atribuye y así se acredita por los documentos obrantes a los folios 61 a 68 del Tomo I de la pieza separada de la documental aportada por Banesto.

No es cierto asimismo que el recurrente autorizara cada una de las operaciones, ya que cuando se realizaron las tres primeras, no era Director General de Servicios y en consecuencia no pudo autorizarlas, no obstante lo cual las operaciones se realizaron (cita los folios en que apoya su afirmación). Sostiene por último, que habiendo quedado acreditado documentalmente que no es el recurrente quien genera los fondos, queda desmentido que sea quien ha dispuesto de los mismos, según la inferencia que realiza la sentencia. Cita las actas de la Agencia Tributaria y el acta del juicio oral.

2.- Realizaremos un análisis concreto, de cada uno de los documentos esgrimidos por la parte recurrente para sostener que el juzgador, ha incurrido en error al hacer determinadas afirmaciones fácticas. Nos encontramos, en primer lugar, con el documento en el que se apoya para rechazar que el acusado ostentase la condición de Director General de Servicios. Tal documento, sitúa el nombramiento del acusado, como Director General de Servicios, el 17 de Julio de 1.989. Cualquiera que sea la fecha en que surtió realmente efecto, lo verdaderamente relevante, a los efectos de la afirmación fáctica y de sus consecuencias jurídicas, es si la declaración de la sentencia, afirmando que el acusado ocupaba “desde 1989 el cargo de Director General del Banco Español de Crédito”, está en flagrante e insalvable contradicción, con el pasaje mencionado. Estimamos que del examen comparado entre el documento y la afirmación fáctica, no se desprende la existencia, de un error que tenga que ser necesariamente salvado.

3.- Por otro lado, se pretende sustentar el error del juzgador sobre la existencia de un listado de llamadas y otra serie de datos que considera como elementos irrefutables, a la hora de mantener que el acusado tenía plenas facultades de gestión y ejecución sobre la adquisición de inmuebles. Todas las valoraciones particulares y el alcance que se quiere dar al contenido de dichos documentos, esta contradicción con el proceso valorativo que realiza la sentencia, basándose en pruebas válidas y de contenido incriminatorio, sobre el protagonismo del recurrente en los hechos que le imputa.

En relación con la dependencia, que se dice que tenía con la Presidencia del Banco, nada tenemos que objetar, ya que dicha afirmación parece plausible según todos los datos concurrentes en la causa, pero en nada influyen en las responsabilidades que personalmente le afectan, sin que podamos realizar otras valoraciones extensivas por no estar incorporadas al hecho probado, ni haber sido objeto de calificación jurídica. El organigrama del Banco, que se pretende acreditar por el testimonio documentado de uno de los empleados de la entidad financiera, entra en contradicción con otras pruebas concluyentes de signo contrario, que se manejan en la valoración probatoria de la sentencia y que resultan absolutamente convincentes.

4.- La parte recurrente, centra su esfuerzo impugnativo, en torno al valor del Visto Bueno que se ponía en las autorizaciones para realizar las adquisiciones de inmuebles. Para ello se toma, como elemento significativo, el dato de que en otra resolución judicial sobre hechos análogos a los que se le imputan en la presente causa, se haya llegado a conclusiones distintas sobre el alcance y valor de tal diligencia. No podemos olvidar que las valoraciones efectuadas por un Tribunal, en función de las especiales y específicas pruebas que haya manejado en la resolución de un caso, no puede tener una expansión universal, salvo el efecto de cosa juzgada, que no concurre en la presente causa, y no puede privar al órgano juzgador, que conoce de unos hechos análogos pero situados en un contexto probatorio distinto, llegue a conclusiones diferentes.

Los elementos probatorios manejados por la Sala sentenciadora y detalladamente expuestos en la sentencia, permiten mantener como dato fáctico inatacable, que cuando aparece la mención a la autorización del Director General se está refiriendo, al acusado, por encima de cualquier documento que además de no ser absolutamente inobjetable, está contradicho por otros elementos probatorios. La autorización atribuida al acusado de cada una de las operaciones que se reseñan en el relato fáctico, está sólidamente basada en un conjunto de pruebas, que descartan la viabilidad del error de hecho esgrimido en este motivo.

5.- Por último y en relación con la generación de fondos y su manejo por el recurrente, se apoya en el archivo de las Diligencias Previas 101/98 del Juzgado de Instrucción Central nº 3 y en las actas de la Agencia Tributaria que tienen su origen en las mencionadas Diligencias Previas.

Estas vicisitudes procesales y administrativas, en absoluto son incompatibles con las afirmaciones fácticas realizadas por la Sala sentenciadora sobre este extremo, ya que los elementos probatorios utilizados son de naturaleza distinta. En este caso existe una prueba pericial válida e inatacable que, como ya se ha dicho, ha realizado una tarea minuciosa y dificultosa, para hacer un seguimiento de la ingente cantidad de talones bancarios generados por estas operaciones, cuya descripción se realiza siguiendo todos los pasos dados, para enmascarar el origen y destino de los mismos. Si se compara la acusación del Ministerio Fiscal y el resultado de la valoración de la prueba realizada por el órgano juzgador, podemos convenir en que la posición de la Sala, ha sido procesalmente y constitucionalmente impecable, recogiendo solamente aquellas operaciones y cantidades, que estimó sólidamente probadas, descartando otras compras que también fueron objeto de imputación por la acusación pública.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

NOVENO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1º del art. 851 de la LECrim., por estimar que la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

1.- Considera que el relato de hechos, ha incidido en oscuridad y falta de claridad, toda vez que algunos particulares, imprescindibles para la comprensión de aquellos, han sido omitidos, así como que de su literal redacción, no se entiende el silogismo jurídico, empleado en relación con la posición jerárquica del recurrente y las funciones que por la misma le correspondía.

2.- La decisión de acudir a un motivo de quebrantamiento de forma, en los estrictos términos que impone su naturaleza y contenido, nos obliga a examinar únicamente si, como pretende el recurrente, los hechos probados de la sentencia, que le afectan, no son claros ni terminantes.

El defecto procesal se produce, cuando su contenido es oscuro o ininteligible, en su totalidad o en alguna de sus partes trascendentales y con influencia para la adecuada calificación jurídica de los hechos imputados. Cuando nos encontramos ante hechos de la complejidad y variedad de los que constituyen el contenido de la sentencia recurrida, lo verdaderamente importante, a efectos de mantener la validez de la resolución, es que su lectura proporcione de manera clara y comprensible, los elementos fácticos necesarios para sostener la calificación jurídica.

Situándonos en el marco delimitado por los términos del propio recurso, tenemos que rechazar las alegaciones relativas a la omisión de datos fácticos que se consideran importantes, ya que para conseguir este objetivo, la vía adecuada es la del error de hecho.

3.- La afirmación sobre las funciones del recurrente como Director General del Banco Español de Crédito, desde 1.989, ya fue discutida y valorada en su momento, pero de ninguna manera se puede considerar como oscura, ininteligible o ambigua. Cuando la sentencia declara que el acusado estaba autorizado por el Banco para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes, tampoco incurre en expresiones incomprensibles para un lector de la resolución recurrida. El resto del relato,

que imputa al acusado la intención de obtener un beneficio económico, a través de la operación de contabilizar en el Banco un precio que no se correspondía con el realmente estipulado en cada compraventa (que era notoriamente inferior), refleja de manera exacta y comprensible una operación de la que se podrá discrepar, pero que no puede ser tachada de indeterminada y oscura. En definitiva es comprensible que, en el ejercicio de su derecho de defensa, manifieste su disconformidad con lo que se declara probado, pero en ningún momento puede ser tomada en consideración como un vicio formal de la sentencia, que de lugar a su anulación.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la LECrim., por estimar que la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

1.- Remitiéndose al motivo anterior y dando por reproducida la doctrina allí expresada, afirma que la falta de claridad concierne a la totalidad del relato de hechos, en la medida en que el mismo se desarrolla a lo largo de continuas lagunas y saltos en el vacío, “vacío fáctico” con lo que se nos hace incomprensible y por ende ininteligible y de ahí inauténtico por imposible.

2.- Como puede comprobarse, por el resumen que se hace de los planteamientos casacionales que esgrime la parte recurrente, nos encontramos ante una reproducción, por vía diferente y alternativa, de lo expuesto en el anterior motivo. Por ello no vamos a extendernos en consideraciones, que no harían sino reproducir lo ya expuesto, remitiéndonos a las consideraciones generales sobre el alcance del vicio de forma que se denuncia por la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

UNDECIMO.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el n° 1° del art. 851 de la LECrim., por estimar que la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

1.- Alega que existen omisiones, que hubiera sido necesario conocer, para pronunciarse con fundamento acerca de la concurrencia de la totalidad de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida, considerando que esta calificación adolece de un insuperable vacío fáctico, en lo que se refiere a la constancia de elementos típicos fundamentales.

2.- Una vez más, se reproduce una cuestión análoga, a la que se ha desarrollado a lo largo de los dos motivos anteriores, acudiendo a la variante de impugnar la calificación jurídica sobre la base de la discusión del contenido de hecho probado. El relato fáctico, necesariamente largo, debido a las numerosas operaciones consignadas, proporciona de forma clara y tajante, los elementos necesarios para sentar las bases de la calificación jurídica, estimada por la Sala sentenciadora.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DUODECIMO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que resulta manifiesta contradicción entre los hechos probados.

1.- Considera que las afirmaciones, respecto del precio de los locales contabilizado en el Banco y la ocultación del coste a dicha entidad, así como el número de operaciones realizadas y la afirmación de que la diferencia de precio entre el realmente abonado y lo escriturado se contabilizó en el banco suponen declaraciones de carácter contradictorio.

2.- Existe una abrumadora y constante jurisprudencia de esta Sala que ha sentado y perfilado las bases para valorar, en qué supuesto nos encontramos ante una verdadera contradicción en los hechos probados. Para que se produzca el vicio que se

denuncia en la resolución recurrida, es necesario que la relación fáctica incluya uno o varios pasajes que resulten absolutamente contradictorios e incompatibles entre sí, de tal manera que sea imposible mantener la vigencia de los extremos contrapuestos, sin incurrir en una insoportable antinomia e incongruencia, cuya lectura produzca perplejidad o desorientación.

Los extremos que la parte recurrente considera insoportablemente contradictorios, no son tales y no se encuentran en la literalidad del hecho probado, por lo que, cualquier discrepancia sobre los razonamientos jurídicos o la valoración de la prueba, tienen que ser necesariamente desviados hacia otros cauces casacionales.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOTERCERO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del n° 1° del art. 851 de la LECrim., por estimar que se han consignado como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo.

1.- Entiende que se ha transvasado al relato histórico conceptos como “distraer”, que debían haberse utilizado en otro momento posterior (el de los razonamientos jurídicos) pero no en la relación de hechos.

2.- El vicio formal denunciado, se produce cuando el relato fáctico sustituye la necesaria descripción gramatical de los hechos que considera probados, por elementos definatorios y característicos del tipo penal que finalmente se aplica, de tal manera que si eliminamos la locución indebidamente empleada, la descripción o narración de los hechos quedaría privada de un sustento suficiente, como para construir la base de una calificación jurídica debidamente coherente con los antecedentes fácticos.

Si examinamos el relato fáctico y nos fijamos en el núcleo de la afirmación que sirve para considerar los hechos, como constitutivos de un delito de apropiación indebida, podemos observar que el juzgador, con impecable corrección técnica, afirma que la suma de, al menos 1.550 millones de pesetas, no fue recibida por los vendedores de los locales y

que quedó a disposición del acusado y más adelante describe detalladamente la forma en que determinadas cantidades fueron ingresadas y empleadas, generándose una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por el acusado.

En consecuencia, no se observa la introducción en el relato fáctico de ninguna expresión o concepto jurídico, que contamine la validez formal de la sentencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por haberse consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

1.- En este caso la frase que incurre en el vicio formal, es la que afirma que el recurrente tomó decisiones en relación con las “cantidades ilícitamente obtenidas en estos hechos”, lo que supone consignar, como hecho, un concepto jurídico que implica adelantar la calificación jurídica a un momento procesalmente inoportuno.

2.- La referencia a que determinadas cantidades habían sido ilícitamente obtenidas, tampoco constituye un concepto jurídico predeterminante del fallo, ya que no incide sobre la validez e integridad del hecho probado. Por otro lado, la sentencia se limita a señalar, por la vía de valoración de las prueba, que existe una procedencia ilícita de determinados fondos, sin que ello afecte a la corrección formal del relato de hechos probados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOQUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse respetado la prohibición de indefensión a que se refiere el art. 24.1 de la Constitución.

1.- El motivo es una versión constitucional de lo argumentado en relación con la predeterminación del fallo o del uso del verbo distraer.

Entiende además que se ha producido, la infracción del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que se contempla en el art. 24.1 de la Constitución remitiéndose a las circunstancias anteriormente tenidas en cuenta al argumentar en torno a la “predeterminación del fallo” derivada del uso del verbo distraer en el hecho histórico.

2.- El motivo no puede prosperar ya que en definitiva, como se ha dicho anteriormente, supone la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental que se concreta en la tutela judicial efectiva, que, como puede comprobarse por la lectura de la resolución recurrida y de todos los antecedentes de la causa, ha sido escrupulosamente respetada. La inclusión de la expresión distraer, ya se ha dicho que no implica por sí misma y en relación con todo el contexto de la narración fáctica, ningún vicio de forma que pueda dar lugar a la anulación de la sentencia y, por otro lado, se ha razonado de forma suficiente y exhaustiva, sobre las circunstancias valorativas que han llevado al órgano juzgador, a introducir dicha expresión en el contenido, mucho más amplio, del relato fáctico.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., en relación con la prohibición e indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución.

1.- El motivo es la versión constitucional de la predeterminación del fallo, anteriormente utilizada en relación con la expresión “ilícitamente”. Vuelve a insistir en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y considera que ésta se ha originado en torno a la “predeterminación del fallo”, en referencia al uso en la redacción del hecho de la expresión calificadora “ilícitamente”. Considera que dicha técnica genera indefensión, por coartar o aminorar las posibilidades negatorias de determinadas conductas y actuaciones, no descritas

en la resolución judicial que han reemplazado el relato puro y aséptico del hecho por su significación.

2.- La respuesta debe ser idéntica a la que se ha dado al abordar el anterior motivo, ya que de la lectura del relato fáctico se desprende que se ha dado un razonamiento preciso y determinado, en relación con la conducta que se atribuye al acusado, por lo que la tutela judicial efectiva ha sido respetada.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOSEPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por no haberse respetado el derecho fundamental a un proceso público y con todas las garantías.

1.- Vuelve a insistir en cuestiones anteriores y en este punto sostiene que tanto el vacío fáctico, como las contradicciones, como la predeterminación del fallo, supone despojar al justiciable de las garantías procesales que le corresponden, aunque no estén nominalmente recogidas en la Constitución.

Admite que, desde un punto de vista constitucional, se distingue entre indefensión procesal e indefensión material, atribuyendo aquella transcendencia sólo a la última, que no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, sino que es necesario que tenga una significación material o que produzca un efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa.

Complementa su alegación, con una abundante cita de resoluciones del Tribunal Constitucional, para terminar sosteniendo que debe efectuarse una exhaustiva narración de los hechos, acotados tras la práctica de las diligencias de investigación, lo que no se ha producido, en su opinión, en el caso presente.

2.- En definitiva lo que se produce es una nueva discordancia con la relación de hechos probados, que se incorporan en la sentencia recurrida, al describir la conducta imputada al recurrente. Ya hemos dicho, al abordar las denuncias por vicios de quebrantamiento de forma, que éstos no se han producido y que la narración fáctica podrá o no ser acorde con la posición impugnatoria del recurrente, pero su combate debe realizarse o bien por la vía del error de hecho o bien, entrando en el fondo de la cuestión, discrepando de la calificación jurídica formulada.

En modo alguno, puede decirse que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías, cuando se puede comprobar que ha tenido oportunidad amplia de defender su posición procesal, presentar la prueba contradictoria pertinente y realizar las alegaciones necesarias para contradecir las tesis acusatorias.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCTAVO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por no haberse tenido en cuenta las exigencias del principio de legalidad al hilo de lo dispuesto en el art. 9.3, 24.2 y 25.1 de la Constitución en relación con el art. 1 de la LECrim.

1.- El motivo es una reproducción del tema planteado sobre el Juez ordinario predeterminado por la ley y considera que ha existido una vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida. Insiste en que no se puede imponer pena alguna (o medida de seguridad) por la comisión de un hecho punible, sino en virtud de sentencia firme dictada en un proceso penal, seguido conforme a las disposiciones de la ley, ante el órgano jurisdiccional competente.

Señala que el artículo 117.1 de la Constitución establece las notas características de la posición del juez, a la hora de solucionar los conflictos y que son la sumisión a la ley, la independencia (a la que hay que añadir la imparcialidad como nota autónoma) la

inamovilidad y la responsabilidad. Añadiendo que si falta alguna de ellas no existe verdadera función jurisdiccional.

2.- Ya se ha contestado con anterioridad al tema, en el que vuelve a insistir el recurrente, desde la perspectiva de la existencia, no sólo de un juez predeterminado por la ley, sino del estricto cumplimiento de los principios rectores de su actuación. Nos remitimos a todo lo expuesto, para confirmar de nuevo, que no hubo alteración de las exigencias constitucionales y que, además, durante la tramitación del procedimiento, se respetaron todos los presupuestos básicos, que no sólo exige la legislación ordinaria, sino que también está prevista en los textos constitucionales. Por ello la sentencia responde de manera escrupulosa a los presupuestos básicos del estado de derecho y las posibles discrepancias que se tengan respecto de su contenido, deben ser encauzadas por otras vías diferentes.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMONOVENO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por entender infringido el art. 24.2 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

1.- Señala que de la simple lectura de los hechos probados y de los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida, se infiere necesariamente, la vulneración del derecho constitucional del recurrente a la tutela judicial efectiva al habersele condenado por la imputación de unos hechos, cuya existencia resultó negada en otro procedimiento.

Estima sorprendente, que puedan sustanciarse, en paralelo, dos procedimientos cuyo objeto es idéntico y aumenta dicha sorpresa cuando el paralelismo se torna en divergencia: mientras en uno se instruye, en el otro se juzga, con la solemnidad propia del plenario las mismas acciones y resultados.

Se refiere a las diligencias practicadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, que estima que versan sobre los mismos hechos y respecto de las cuales el juzgado instructor, decretó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones manifestando en su Auto de fecha 16 de Julio de 1.999, que el resultado de tales pruebas lleva nuevamente a estimar la inconsistencia de mantener abierto este proceso, por cuanto, no se ha revelado, ni siquiera a título indiciario, la atribución penal que se viene haciendo a los imputados.

2.- A la vista de lo que antecede, parece que la parte recurrente pretende construir una especie de contradicción que, sin llegar a identificarla con la cosa juzgada, la equipara en cuanto a sus consecuencias y efectos. Ahora bien, los datos facilitados y que se contienen en el desarrollo del motivo, al que hemos hecho referencia anteriormente, ponen de relieve que el supuesto que estamos examinando, no implica contradicción alguna por parte del juzgador.

Efectivamente el juzgado Central de Instrucción nº 3, incoó las diligencias previas 101/98 como consecuencia de la deducción del testimonio que interesó, no solamente el Ministerio Fiscal sino también otras partes y que fue acordado por la Sala. Este era un dato absolutamente relevante, en el juicio oral, para averiguar la posible participación en el hecho que es objeto de impugnación por la parte recurrente, de terceras personas, que inicialmente no habían sido acusadas en la causa principal, por lo que era necesario depurar su posible responsabilidad. Estas diligencias terminaron con una resolución del instructor de sobreseimiento y archivo, por considerar que no existían datos que permitiesen sustentar una imputación penal exclusivamente contra las personas que no estaban implicadas en el procedimiento principal.

Como puede verse de lo anteriormente expuesto, no existe la contradicción pretendida y, por otro lado conviene señalar que en todo caso la decisión solamente afectaba a personas distintas del recurrente y además, tiene un carácter provisional, lo que permite mantener incólume el relato de hechos que se realiza en la sentencia ahora impugnada. No nos encontramos, por tanto ni ante un supuesto de “non bis in idem” ni mucho menos ante una posible existencia de cosa juzgada.

Los hechos que la sentencia recurrida declara probados en relación con la persona del acusado y que define como constitutivos de un delito de apropiación indebida, no aparecen negados ni contradichos por las diligencias previas anteriormente mencionadas en las que, como se ha dicho con anterioridad, sólo se tomó declaración a dos personas que en principio, pudieran aparecer relacionadas con las operaciones principales que se imputan al acusado y que no habían sido objeto de acusación concreta en la presente causa.

Conviene por último resaltar, que dicha resolución, como ya se ha dicho, no es firme y que incluso fue recurrida por una de las acusaciones pero, en todo caso para nada afectan a la realidad de los hechos definidores de la apropiación indebida por la que se condena al recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 252 del vigente Código Penal.

1.- La sentencia recurrida peca de inexactitud y de ausencia de rigor, cuando trata de describir los pasos dados con el dinero que, según dice fue indebidamente sustraído por nuestro recurrente.

Considera que los hechos probados, no pueden ser subsumidos en dicho precepto, al no quedar suficientemente acreditado el destino otorgado a los fondos. En consecuencia, sostiene que fueron empleados en un ámbito ajeno, al objeto social del Banco Español de Crédito.

2.- Como puede verse por el apartado que antecede, a pesar de haber denunciado la indebida aplicación del artículo 252 del vigente Código Penal y de haber utilizado la vía del error de derecho, entra en debate con la realidad del hecho probado.

La sentencia recurrida, en su apartado VI dedicado a la operación que se denomina Locales Comerciales, establece inicialmente no sólo que el acusado ocupaba desde 1.989 el cargo de Director General del Banco Español de Crédito, sino que estaba autorizado por el Banco, para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes. Se afirma a continuación, y este dato es incontestable, en función de la vía casacional adoptada, que “aprovechando tales facultades planeó obtener un beneficio económico con ocasión de determinadas adquisiciones de locales para uso comercial y naves para almacén”.

Después de relatar la forma en que se realizaba cada una de las compraventas y de afirmar que se efectuaron en total seis operaciones de adquisición de locales entre los meses de febrero de 1.989 y diciembre de 1.990, se declara tajantemente que “al menos la cantidad de 1.550.000.000 de pesetas no fue recibida por los vendedores de los locales y aquella suma quedó a disposición del acusado”.

Con objeto de precisar exhaustivamente, cual fue el mecanismo apropiatorio la Sentencia recurrida dice más adelante, en el folio 113, que “con las sucesivas inversiones se generó una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por Fernando Garro en la forma que sigue”. A continuación relata la utilización de numerosos cheques que identifica con sus números y entidades bancarias en las que estaban residenciados, precisando la forma en que se realiza la apropiación. No nos encontramos por tanto, ante la modalidad apropiatoria de carácter alternativo que establece el Código Penal bajo la fórmula de distracción de dinero, efectos o valores, sino ante una verdadera acción directa de apropiación en cuanto que se declara terminantemente y sin lugar a dudas, que una parte importante de los fondos generados por las operaciones a las que se refiere la sentencia, se destinó a satisfacer deudas personales del recurrente y a realizar adquisiciones en su propio beneficio.

Con estos datos, tenemos diseñada de forma completa y suficiente, la figura de la apropiación indebida, sin que sea necesario ningún aditamento o referencia posterior para establecer, sin lugar a dudas, que el comportamiento que se imputa al recurrente es constitutivo de dicho delito. Las derivaciones finales de las cantidades apropiadas, no tienen

incidencia a los efectos de la existencia de la figura delictiva aplicada y sólo tendrá relevancia, como se verá más adelante, a los efectos de establecer las posibles derivaciones en torno a la restitución, responsabilidad y comiso de los bienes adquiridos o las cantidades ilícitamente obtenidas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por estimar indebidamente aplicado el art. 28 del Código Penal en relación con el 250 del vigente Código Penal.

1.- Sostiene que, de la lectura del hecho probado, se colige que el recurrente no puede ser considerado autor del delito continuado de apropiación indebida, por el que resulta condenado, al no quedar acreditado que, como “intraeus”, realizase las conductas nucleares del tipo penal en el que se subsume su conducta.

Analiza cada una de las operaciones que se describen en el relato de hechos probados y pone de relieve, que los ingresos realizados a través de los cheques a los que se ha hecho referencia en el motivo anterior, no coinciden, ni en la cantidad, ni en la numeración con los que fueron ingresados, según la sentencia en las cuentas del Banco del Progreso.

En este punto reconoce que del acusado sólo se indica que autorizó, ordenó, conoció o consintió las operaciones y el modo de ser ejecutadas, pero en contra de dicha afirmación sostiene que, quien realiza la conducta considerada típica y punible es un “extraneus” de aquella relación y lo identifica en la persona de Tomás Allende Milans del Bosch. A continuación hace una serie de consideraciones sobre la naturaleza del delito de apropiación indebida y llega a la conclusión de que, sólo puede ser autor quien incumpla la obligación de entregar o devolver la cosa, no así aquella persona a quien no le incumbe. En este punto se remite a una afirmación que se contiene en la página 248 de la sentencia y en la que se admite, que no ha podido determinarse la parte en la que Fernando Garro se

benefició personalmente de las disposiciones realizadas por Tomás Allende con su connivencia. Conviene señalar que no termina la cita y que no completa el razonamiento que a continuación realiza la sentencia recurrida. Sostiene asimismo, que el acusado no ostentó el dominio del hecho ni el dominio de la acción, ni el dominio funcional, centrandolo la responsabilidad en la persona de Tomás Allende. En consecuencia, termina denunciando la indebida aplicación del art. 28 del Código Penal, en relación con el art. 252 del mismo Texto Legal.

2.- Como ya hemos señalado, parte de las alegaciones del recurrente se sustentan no en los hechos probados, sino a los razonamientos jurídicos incorporados en la sentencia que, en algunos casos pueden ser considerados como complementos del hecho. Admitiendo con reservas y cautelas esta circunstancia, conviene resaltar de inmediato, que en la cita realizada por el recurrente, se omite que a pesar de la afirmación relativa a las disposiciones realizadas por Tomás Allende en connivencia con el acusado, dicha circunstancia no es esencial para la existencia de un delito de apropiación indebida por parte del acusado, ya que existe la prueba de un aprovechamiento personal que ha quedado plenamente acreditado. La sentencia, afirma que Fernando Garro distrajo de la Sociedad la cantidad de 1.550.000.000 de pesetas que fueron entregadas a su colaborador Tomás Allende.

El artículo 28 del vigente Código Penal, que se dice infringido, considera autor no solamente a quien realiza el hecho directa, exclusiva y materialmente, sino también a quien lo ejecuta, por medio de otro del que se sirve como instrumento. Los propios razonamientos de la parte recurrente que han sido anteriormente transcritos, ponen de relieve que los actos materiales de ejecución, se realizaron de forma conjunta y en todo caso con un condominio funcional del acto. Lo verdaderamente sustancial, tal como se afirma en el relato fáctico, es que el planeamiento de las operaciones de apropiación, se llevó a cabo por el acusado, resultando por tanto, a estos efectos indiferente qué instrumentos mediatos o qué personas interpuestas se utilizaron para la ejecución material de los hechos.

Como ya se ha dicho con anterioridad, existen datos fácticos incontestables, que permiten sostener que el acusado autorizó cada una de las compraventas, ordenó a los apoderados correspondientes la emisión de cheques al portador con la finalidad de ocultar la identidad del receptor y del destino último de los fondos. Nadie discute la colaboración de Tomás Allende, que ha quedado al margen de las actuaciones seguidas en la presente causa y de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su conducta, pero ello no es obstáculo para mantener que el dominio y dirección de los actos materiales correspondió, en todo momento, al acusado que no sólo estuvo al tanto de las operaciones, sino que las consintió, las alentó y finalmente se benefició del producto de las mismas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por estimar indebidamente aplicadas las normas previstas en los artículos 61.4º en relación con el 69 bis, 535 y 529.7ª del Código Penal de 1.973 y todos ellos interpretados a la luz del art. 25 de la Constitución y art. 2 del Código Penal vigente.

1.- Señala que la individualización de la pena efectuada por el Tribunal, con arreglo a las prescripciones del Código Penal vigente, es más desfavorable que la que le correspondería de haberse aplicado los preceptos del derogado Código Penal bajo cuya vigencia ocurrieron los hechos.

En definitiva, solicita la reducción de la extensión de la pena impuesta, para lo cual realiza una comparación entre la determinación de la pena conforme al texto del Código Penal vigente y la procedente en aplicación de las normas del derogado. Partiendo de la aplicación conjunta de los artículos 252 y 250.6º y la entrada en juego de lo dispuesto en el art. 74.1º (delito continuado), todos ellos del Código Penal vigente, llega a la conclusión de que la pena a imponer, iría de 3 años y 6 meses a 6 años de prisión. Estima que la valoración que realiza la Sala en función de las circunstancias concurrentes y del perjuicio total causado a la entidad perjudicada y su relación con la gravedad del hecho y la

personalidad del delincuente, no autorizan la imposición de la pena en el máximo previsto legalmente.

Trasladándose al Código Penal de 1.973, que era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, combina la aplicación de los artículos 535, 529.7ª y 69 bis (delito continuado). Barajando todas las posibilidades punitivas, llega a la conclusión que resultaría más favorable el tratamiento otorgado por el texto punitivo de 1.973, que permitiría la imposición de diez años de prisión mayor. Haciendo una serie de consideraciones, que no es necesario repetir, termina sosteniendo que la pena a imponer por el delito de apropiación indebida y con la concurrencia de una atenuante, no podrá exceder del grado máximo de la prisión menor de acuerdo con la regla 1ª del artículo 61 del Código anterior. Termina invocando el principio de proporcionalidad y solicitando la pena de prisión menor, en la extensión mínima de su grado máximo, que considera más beneficiosa, que los seis años de prisión impuestos en la sentencia que se recurre.

2.- La determinación de la pena más favorable cuando, como sucede en el caso presente pudieran entrar en juego dos textos punitivos, uno vigente en el momento de la comisión de los hechos y otro posterior, plantea siempre cuestiones concretas que es necesario resolver, no sólo acudiendo a criterios estrictamente legales, sino valorando circunstancias personales e incluso la propia posición del afectado, cuando ya existe una resolución condenatoria previa (disposición transitoria 2ª del Código de 1.995).

En el caso presente, no se daba esta circunstancia, sino que la Sala sentenciadora se enfrentaba a la alternativa de elegir entre dos textos legales y valorar cual de ellos sería más favorable a los intereses del recurrente. Ello exige un proceso valorativo y razonador, que justifique la opción que finalmente adopte la Sala sentenciadora que se encuentra ante este dilema.

3.- La sentencia recurrida explica, en el apartado 1 de la calificación jurídica, las razones por las que opta por el Código vigente. Considera que esta calificación resulta más favorable al acusado que la aplicación del código de 1.973, porque el marco penal establecido en su artículo 69 bis, para el delito continuado, permite la exasperación de la

pena hasta límites mucho más graves, que los que se derivan de la aplicación del vigente artículo 74, que contempla el delito continuado.

En definitiva de todo lo expuesto se deduce que el recurrente, si la Sala sentenciadora se hubiera movido en las cotas bajas de la pena de prisión que permite el artículo 74 (es decir de tres años y seis meses a seis años de prisión), nada tendría que objetar en cuanto a la favorabilidad del código vigente. Lo que verdaderamente discute es la individualización de la pena, en función de las circunstancias personales, la gravedad del hecho y la cuantía del perjuicio. También discute que la elevada cuantía de lo defraudado, que no se puede confundir con el perjuicio causado y el enriquecimiento propio, tenga virtualidad para individualizar la pena llevándola al máximo permitido, en cuanto que ya se ha tenido en cuenta al aplicar la circunstancia 6ª del artículo 250, que se refiere a la especial gravedad del delito de apropiación indebida atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

4.- La sentencia, en el punto 2, explica suficientemente por qué ha utilizado el marco penal que establece en la parte dispositiva de la sentencia y destaca, de manera totalmente convincente, que cada uno de los hechos en su individualidad es ya subsumible en el tipo agravado, por lo que esta circunstancia debe ser apreciada respecto del delito unificado por aplicación de la figura del delito continuado. Vuelve a insistir en que cada una de las operaciones de adquisición de locales, reviste especial gravedad, atendiendo al montante económico de lo apropiado, por lo cual considera justificado que se opte por la opción máxima dentro del marco permitido por la aplicación del art. 74 del Código Penal vigente. Con ello estimamos que no se vulnera el principio de proporcionalidad y, en todo caso consideramos que la aplicación del Código de 1.973 nos llevaría hasta el grado medio de la pena de prisión mayor que, con los razonamientos anteriormente mencionados y que resultarían totalmente válidos, darían lugar a la aplicación de una pena de diez años de prisión mayor.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VIGESIMOTERCERO.- Se interpone por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se han aplicado indebidamente las normas previstas en los artículos 66.1ª en relación con el 74, 252 y 250.6° del vigente Código Penal.

1.- El motivo es complementario del anterior y se articula ad cautelam por si fuese desestimado.

2.- En definitiva viene a reproducir íntegramente lo expuesto en el motivo anterior y a insistir en la total falta de motivación de la individualización de la pena, por lo que considera que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

Ya ha quedado expuesto, que la Sala sentenciadora razona suficientemente las causas y los datos que ha tomado en consideración para imponer la pena en la cuantía elegida. Por si los razonamientos no parecieran suficientes, no debemos olvidar, como ya se ha hecho referencia en motivos anteriores, la posición que ocupaba el recurrente dentro de la estructura de la entidad financiera y que, como se dice en el apartado primero, era la de Director General. También es un dato a evaluar todo lo referente al aprovechamiento en beneficio propio de funciones y cometidos que le fueron asignados por el Banco, rompiendo de esta manera la situación de confianza y de responsabilidad, no sólo respecto a los órganos directivos del Banco, sino en relación con todos los accionistas que formaban la masa social.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

RECURSO DE RAFAEL PEREZ ESCOLAR. Tomo II. Folios 347 a 505.

MOTIVOS RELATIVOS AL CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal vigente.

1.- Estima que en los hechos que se declaran probados, está ausente uno de los elementos esenciales de la descripción típica “-la relación causal legalmente exigida entre el engaño, el error y el acto de disposición-“ al resultar del hecho probado, la ausencia absoluta de la necesaria identidad entre el sujeto pasivo del engaño (los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A (que asistieron a la sesión de 26 de Septiembre de 1.991) y el sujeto autor del acto de disposición (el Consejero Delegado de dicha Corporación Arturo Romaní, presunto engañador y por tanto ajeno al error). Aparece así la disposición patrimonial, sin relación causal alguna con el pretendido engaño, al ser el sujeto “disponente” persona distinta de los “engañados” por lo que la sentencia incide en infracción por inaplicación indebida del art. 248 del Código Penal y la violación del principio de legalidad.

El planteamiento del motivo, está salpicado de abundantes citas jurisprudenciales y reproduce, en parte, los hechos y fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, afirmando que el acto de disposición, aunque mediase engaño, se realizó por el Administrador Sr. Romaní y no por el órgano Colegiado, La Comisión ejecutiva, que le había encomendado el mandato “para la conclusión del negocio”, estableciendo que todo el iter para la consumación del tipo penal fue desarrollado exclusivamente por Arturo Romaní.

Considera que la conclusión a la que llega la sentencia, es arbitraria e ilógica por lo que ha aplicado indebidamente el art. 248 del Código Penal, pues la conducta enjuiciada, nunca podría ser subsumida en el delito de estafa, al haberse realizado el acto de disposición, en el ámbito relativo a las facultades de administración del disponente.

2.- La cuestión ya ha sido abordada, al contestar a alguno de los motivos de los anteriores recurrentes, por lo que, en lo sustancial, nos remitimos a lo ya expuesto. El elemento esencial del delito de estafa, que no es otro que el engaño bastante para inducir a otra persona a error y mover su voluntad para realizar un acto de disposición, concurre plenamente en el caso que nos ocupa. Es evidente que la noción de la decisión de realizar un acto de disposición, se lleva a efecto bajo el error provocado por el engaño, por lo que carece de trascendencia que el acto lo ejecute por sí mismo el sujeto pasivo engañado, o

bien delegue, autorice o encomiende a otro la ejecución de la formalización o realización efectiva de la disposición patrimonial causante del perjuicio.

3.- La vía casacional elegida, obliga a ajustarse estrictamente a la relación fáctica y en ella se pone de relieve que los acusados, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial acordaron vender a la Corporación Industrial Banesto las respectivas participaciones que tenían en el negocio del Centro Comercial y que habían recibido gratuitamente y sin contraprestación alguna. El elemento clave que produce el engaño, es precisamente la ocultación de esta circunstancia ya que, como se ha dicho, su conocimiento por parte del resto de los componentes de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, habría impedido que, tanto la autorización para negociar los términos de la ejecución del acto de disposición ya decidido, como este mismo acto, hubieran podido llevarse adelante.

4.- En relación con la actuación del actual recurrente, la propia sentencia, en la página 87, afirma que una vez adoptado el acuerdo de la Corporación de entrar en el negocio del Centro Comercial y conocido por el acusado, el precio autorizado para la adquisición, vendió a la Sociedad Dorna S.A el 2 de Octubre de 1.991, antes de la efectiva adquisición por la Corporación, un 4,5% del total del 9% de "Cuentas en participación", que dominaba a través de su Sociedad CIFUENTES 2000. El precio pagado por ésta última ascendió a 178.155.000.000 pesetas. La Sociedad PUERTACERRADA S.A, también vendió a Dorna S.A, el 7 de Octubre de 1.991, el 4% que tenía de "Cuentas en Participación" por un precio de 150.000.000 de pesetas. Esta posición le obligaba, por un deber mínimo de lealtad, a informar a los componentes de la Comisión Ejecutiva de los intereses personales y lucrativos que tenía en la Operación. Al no hacerlo así provocó, un engaño básico y suficiente en la voluntad de los mismos que, por el desconocimiento de la realidad, no tuvieron objeción alguna a la autorización de las negociaciones y al pago de las cantidades mencionadas en el relato de hechos probados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y 849.2 de la LECrim., por considerar que la sentencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar que en la conducta enjuiciada existe el “engaño” como elemento determinante del desplazamiento patrimonial. Añade que viola también el derecho fundamental de la presunción de inocencia reconocida en el art. 24 de la Constitución y vuelve a insistir que se infringe por aplicación indebida el art. 248 del Código Penal.

1.- El error radica, según su criterio, en atribuir a Cesar Albiñan Cilveti, asistente a la reunión de la comisión Ejecutiva de la Corporación celebrada el 26 de Septiembre de 1.991, el carácter de Consejero o Vocal de la entidad, cuando lo cierto es que entonces no desempeñaba ese cargo sino que tan solo era Secretario. Dicho error se desprende, según alega, de la declaración del mencionado en el juicio oral y del acta de la Sesión de 26 de Septiembre de 1.991 celebrada por la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, obrante al Tomo 41 folio 92.

Pretende desmentir la afirmación de la sentencia, referente a los votos emitidos con engaño, sosteniendo que en sólo cuatro de ellos pudo formarse el “error”, lo que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, no constituye mayoría, pues ésta la formaban los otros cuatro votos correspondientes a los presuntos “engañadores” quienes sumaban a su voto, el que había delegado el Sr. Masaveu en el Presidente y el voto de calidad que correspondía a este para dirimir los empates. En consecuencia estima que ha existido autoengaño impune.

Refuerza su argumentación sobre la existencia de error en el hecho de que la sentencia atribuye a Cesar Albiñana Cilveti, la condición de Consejero Vocal de la Entidad cuando lo cierto es que en la fecha de la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación celebrada el 26 de Septiembre de 1.991 tan sólo era Secretario. Jugando con este dato y con otros derivados de la representación que el Presidente ostentaba del voto delegado del Sr. Masaveu y su voto de calidad, no podía existir engaño ya que era imprescindible, para tomar el acuerdo por mayoría, los votos de los presuntos engañadores, que así resultarían autoengañados.

2.- En realidad se entremezclan dos cuestiones diferentes, por una misma vía casacional. Por un lado, la posible existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba, que considera trascendente a los efectos de su pretensión impugnatoria y por otro lado, la vulneración del principio fundamental de presunción de inocencia. Para acentuar todavía más la incorrecta formulación del motivo, termina invocando la indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal, cuestión a la que ya hemos hecho referencia en el motivo anterior.

3.- El documento que se invoca, no tiene la trascendencia probatoria que pretende darle la parte recurrente. En primer lugar, no existe una contradicción insalvable entre los hechos probados y su contenido, ya que el acta de la reunión de la Comisión Ejecutiva se refiere en principio a los asistentes, sin hacer una referencia pormenorizada a cada uno de ellos en relación con si tenían o no la facultad de voto. En segundo lugar el Sr. Albiñana, según consta en el acta del juicio oral, nada manifestó sobre si tenía o no la facultad de voto, pero aún situándonos en la hipótesis más favorable a las tesis del recurrente, esta circunstancia carece de relevancia sobre la existencia del elemento básico del engaño.

4.- En relación con la presunción de inocencia, es evidente que teniendo en cuenta las razones anteriormente mencionadas y volviendo a insistir en que no existe inconveniente para admitir que Cesar Albiñana, fue nombrado Consejero de la Corporación Industrial en Diciembre de 1.992, debemos hacer constar que existe una prueba abundante, cuya validez no ha sido impugnada por la parte recurrente, que pone de relieve las maquinaciones previas a la entrada en la Corporación Banesto en el negocio del Centro Comercial Concha Espina y a la actitud engañosa de los otros acusados y del propio recurrente por las razones que ya hemos expuesto y que no vamos a repetir.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y 849.2º de la LECrim, por considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al referirse erróneamente en los hechos que declara probados, a la existencia de “perjuicio patrimonial”. Añade que ha existido una interpretación arbitraria de la prueba que vulnera los artículos 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) ambos de la Constitución y supone la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.

1.- Sostiene que la afirmación de que la Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1.776 millones de pesetas, no está respaldada en ninguna prueba, ni siquiera indiciaria, que permita sustentar un juicio tan tajante y extremo.

Hace una serie de valoraciones sobre el criterio seguido por la Sala sentenciadora para determinar el perjuicio sufrido, pero no cita documento alguno que contradiga lo afirmado por el hecho probado, salvo el contrato de 23 de Diciembre de 1.994 (obrante al tomo 24 de la documental, folios 7.275 a 7.285) formalizado ante las empresas del Grupo García Pardo (Centro Comercial Concha Espina S.A, Dorna S.A, Dorna Promoción del Deporte S.A y Gestión de Soportes publicitarios S.A.) y el Grupo Banesto (Banco Español de Crédito S.A., Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, Banesto Leasing S.A. y Banco de Victoria). De este contrato, en opinión del recurrente, resulta con toda evidencia y de forma directa la inexistencia de perjuicio para la corporación Banesto. Asimismo se designa el contrato de 9 de Febrero de 1.995 (obrante en las actuaciones al tomo 25 en la pieza separada de prueba de D. Rafael Pérez Escolar, folios 17.344 a 17.348). Mediante este contrato la sociedad “Informática, Servicios y productos S.A (Infosa) adquirió a Banesto, los derechos derivados del contrato con el Real Madrid referidos al Centro Comercial Concha Espina por el precio de 3.800.000.000 de pesetas.

En este punto, amplía la contradicción, esgrimiendo, contra la realidad del hecho probado, el informe de la investigación análisis y costes derivados del informe de American Appraisal, considerando que no es cierta la afirmación del hecho probado, en la que se dice que todos los datos habían sido confeccionados sobre la base de la información facilitada exclusivamente por la parte vendedora. Mantiene que la sentencia, no motiva en forma alguna su parecer, cuando atribuye a las cuentas en participación menor valor que las

acciones y refuerza su argumentación acudiendo al apartado de la sentencia, en el que se reconoce que las acusaciones no han cuantificado el importe de las responsabilidades civiles, lo que le sirve para sostener que no ha existido perjuicio para la Corporación Banesto. Termina, una vez más, afirmando que se ha aplicado indebidamente el art. 248 del Código Penal vigente, que tipifica el delito de estafa.

2.- El hecho determinante e incontrovertible que da vida al delito de estafa, estimado por la Sentencia recurrida, es la existencia de un perjuicio patrimonial indiscutible para la Corporación Banesto, como se desprende del propio acta de la Comisión Ejecutiva de 26 de Septiembre de 1.991, en donde ha quedado perfectamente determinado que se adquirieron Cuentas en Participación, que como ya se ha dicho ningún derecho político otorgaban a los adquirentes en lugar de acciones, que era la fórmula habitual de participación de la sociedad de Banesto. Por ello debemos señalar, una vez más, la inexistencia de elementos documentales, que sirvan por su entidad, contenido e irrefutabilidad, para mantener la existencia de un error de hecho en la valoración de la prueba.

La Sala mencionada afirma, en el apartado de hechos probados, que la Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1.776.000.000 de pesetas, aún teniendo en cuenta que la Sociedad del Centro Comercial Concha Espina, hubo de ceder a Banesto, para saldar las deudas que tenía contraídas, el contrato concertado con el Real Madrid, lo que suponía una dación en pago. En todo caso y a pesar de esta realidad, lo cierto es que la cuantía del desplazamiento patrimonial puede verse reducida, a efectos de cuantificar el perjuicio, en la medida en que lo recibido haya procurado alguna utilidad al sujeto pasivo. Si nos atenemos a lo manifestado en la vista del presente recurso por el Letrado que llevaba la representación de Banesto, los beneficios han sido cero y todavía el negocio produce pérdidas. Esta afirmación no fue desmentida por ninguno de los letrados intervinientes.

3.- En relación con la presunción de inocencia, a la que se vuelve a acudir en el presente motivo, es evidente que existe una abundante actividad probatoria que se recoge en

el epígrafe A de la Sentencia recurrida, en todo lo relativo a la valoración de la prueba relacionada con el Centro Comercial Concha Espina. Los razonamientos probatorios se basan, no sólo en lo que resultó acreditado del Plenario en relación con las particulares y privilegiados contactos entre Banesto y el Grupo Dorna, sino también por los testimonios de los hermanos García Pardo, el acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación de 28 de Septiembre de 1.990, los folios 3.150 y siguientes de la pieza documental y la declaración testifical del Sr. Eizmendi, página 10.570 y siguientes del acta del juicio oral. Asimismo se apoya la resolución condenatoria, en la abundante prueba practicada (documental, prueba testifical y prueba pericial) que va concretando en los siguientes folios 198 a 205 y que no es necesario reproducir, por razones obvias, en este momento. Se trata de pruebas perfectamente válidas, obtenidas con arreglo a las formalidades legales y que, por tanto, son suficientes para enervar el efecto protector de la presunción de inocencia y justificar la condena impuesta.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ., y 849.2 de la LECrim., por estimar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al apreciar que la conducta del recurrente está presente el ánimo de lucro injusto. Añade la violación del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución y la aplicación indebida del art. 248.

1.- Sostiene que no se ha valorado por la sentencia, ninguna prueba directa, ya documental, ya testifical o de cualquier otra clase, de la que pueda extraerse con la calidad de prueba de cargo, el hecho de que Rafael Pérez Escolar y por cesión de las sociedades San Antón del Espino y Cifuentes 2000, adquirieron gratuitamente las cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina, puesto que no cita o analiza ninguna prueba que posea carácter directo para fundamentar lo que declara probado. Señala que no se ha tenido en cuenta el contrato de 1 de Noviembre de 1.990 (que obra al tomo 24 folios 7.242 y ss) en el que se manifiesta con toda claridad, que la causa de la cesión de las cuentas

son unos servicios jurídicos prestados por el recurrente al grupo de los hermanos García Pardo.

Reconoce que, aunque no tengan carácter documental, existen manifestaciones de las personas que encargaron directamente esos trabajos que acreditan la existencia de la minuta de honorarios. Cita como documento la estipulación primera del contrato de 23 de Diciembre de 1.994, que ya fue designado con anterioridad y el expositivo 4º del propio contrato, en cuanto prueba que los nuevos administradores designados por el Banco de España, siguieron concediendo financiación a la Sociedad Centro Comercial Concha Espina en cantidades importantísimas.

Considera que las afirmaciones de la Sentencia, sobre la inexistencia de una minuta profesional que justificase la cesión de las cuentas en participación, es arbitraria e injusta ya que el hecho de que el pago se hiciera a una Sociedad de su grupo familiar solamente tenía como finalidad evitar que el tipo tributario no fuese el del 56% sino el del 35%, aplicable al impuesto de sociedades.

2.- Una vez más hemos de repetir que nos encontramos ante la invocación del error de hecho, combinado con la presunción de inocencia y la inaplicación del art. 248 del Código Penal.

Estimamos que lo sustancial es, el punto relativo a la adquisición por parte del recurrente del 19% de las cuentas en participación. El contrato de 1 de Marzo de 1.990, (folio 7.242 Tomo 24), esgrimido por el recurrente, no tiene virtualidad probatoria suficiente como para acreditar el error del juzgador y no puede desmentir de forma irrefutable que la cesión del 19% de las Cuentas en Participación se hiciese, con fecha 12 de Julio de 1.989, sin contraprestación a la Sociedad Cifuentes 2000 e Inversiones Sanfergo. Existe una cláusula adicional al contrato de 12 de Julio de 1.989, firmado por los interesados el 4 de Febrero de 1.991, en el que ni siquiera se hace mención al documento de 1 de Marzo de 1.990. Si a todo esto unimos lo ya argumentado por el recurrente, en relación con la finalidad de desviar el pago de la minuta hacia sociedades personales, nos encontramos con

que la valoración realizada por el juzgador no puede ser refutada con los documentos invocados.

3.- La sentencia razona de manera concluyente, que no puede ser explicada la ausencia de minuta y de contabilización de la contraprestación recibida, en la forma pretendida por uno de los peritos presentados por la defensa del acusado.

Lo cierto y determinante, es que no consta una minuta efectiva de prestación de servicios profesionales. No aparece acreditado el servicio prestado. No se tributó a Hacienda por esos honorarios y, como se ha dicho, el supuesto pago no fue al abogado que teóricamente prestó sus servicios profesionales, sino a una sociedad de su grupo familiar.

De todo lo anterior resulta, como afirma tajantemente la sentencia recurrida y no ha sido desmentido por documento alguno, que el acusado obtuvo su porcentaje de las cuentas de participación de forma gratuita.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho al apreciar en la conducta del recurrente la presencia del dolo, produciéndose así la aplicación indebida del art. 248 del Código Penal.

1.- Considera que el elemento intencional del delito de estafa, está ausente, ya que la explicación dada por la sentencia, resulta enteramente infundada. Señala que aparece independientemente y sin ninguna vinculación entre ellas, la fase que la sentencia califica de “toma de posición” y la fase posterior de venta a la Corporación de aquella posición negocial, desapareciendo la “intencionalidad ilícita” que la sentencia pretende dar a ambas fases.

Manejando en su interés, las fechas en que se adquieren las cuentas en participación y el momento de la venta a la Corporación Industrial Banesto, mantiene que el elemento intencional está ausente y sin dolo, la conducta incriminada deja de tener relevancia jurídico penal, al faltar el elemento subjetivo del tipo, por lo que se produce en la sentencia la infracción que se denuncia, por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.

2.- No se puede olvidar que el delito de estafa presenta una variadísima multiformidad, de tal manera que, en algunos casos, se trata de un acto simple y casi instantáneo, en el que coinciden, en un mismo momento temporal, la maniobra engañosa y la defraudación, y, en otros, como sucede en el caso presente, nos encontramos ante una estructura compleja, que tiene sus orígenes en un momento anterior a la perfección del hecho delictivo, pero que se consuma cuando el engaño surte el efecto de desplazamiento patrimonial buscado.

En el caso presente, nadie discute que el acusado se hizo con las cuentas en participación el 12 de Julio de 1.989 cuando no existía la Corporación Banesto y que esta entidad las adquirió el 25 de Octubre de 1.991. Ahora bien, esta circunstancia cronológica no es en absoluto obstáculo, para afirmar que no sólo ha existido dolo, sino que se ha producido un perjuicio patrimonial perfectamente evaluado. No podemos fijar exactamente cual es el momento en el que surge en la mente del acusado la idea de realizar la operación engañosa, porque es un dato que pertenece a su íntima subjetividad, pero lo que resulta incuestionable es que, en un momento determinado, surge un plan defraudatorio que se pone en marcha a través de los elementos fácticos que aparecen perfectamente descritos en la sentencia y que se consuman en el instante en que el acusado, junto con otros también condenados, participan en la reunión de la Comisión Ejecutiva, tantas veces citada, ocultan su interés personal en la operación de adquisición del negocio del Centro Comercial y obtienen la aquiescencia para que se lleve a efecto, en detrimento de la entidad y en beneficio propio.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y 849.2º de la LECrim., por considerar que la sentencia incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba al entender que el recurrente participó en concepto de autor material, por lo que se viola además el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, infringiéndose así por indebida aplicación los arts. 28 y 248 del Código Penal.

1.- Estima que es erróneo atribuir al recurrente la titularidad dominical, en concepto de socio, y la disponibilidad, en concepto de administrador o gestor, de la empresa Cifuentes 2000, por estar en abierta contradicción con los certificados del Registro Mercantil correspondiente al depósito de las cuentas de 1.991 y 1.992 aprobadas por dichas sociedades. El titular es D. Luis Alejandro Pérez Escolar Hernando al que pertenece el 100 por 100 del capital y es su administrador único.

También es errónea la afirmación de que el recurrente vendió a Dorna, como sociedad interpuesta el 4,5 % de las cuentas en participación que dominaba a través de su sociedad Cifuentes 2000. Así se acredita por el contrato de 2 de Octubre de 1.991 del que resulta que el recurrente no participó, bajo ningún concepto, en representación de Cifuentes 2000.

El resto del desarrollo del motivo, se dedica a la contradicción del hecho probado y a negar la autoría del recurrente, destacando como significativo que tanto Banesto como la Corporación, no han aportado a los autos pruebas de que existiesen pérdidas en el negocio.

2.- En definitiva el motivo es una variante de las anteriores y en él se viene a sostener, también por la vía del error de hecho y de la presunción de inocencia, que el recurrente no ha tenido participación en los hechos por los que ha resultado condenado.

La conclusión incriminatoria que establece la sentencia, se deriva de una serie de datos y pruebas de carácter directo o indiciario que sustentan suficientemente la afirmación fáctica.

A estos efectos resulta indiferente que la sociedad San Antón del Espino, constituida el 26 de Abril de 1.990, esté a nombre del hijo del acusado, accionista único, y que éste figure como administrador junto a dos personas que tienen vínculos parentales muy próximos. Como se dirá más adelante al abordar todo el tema relativo a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de determinadas sociedades, lo que realmente interesa al proceso penal es la realidad material y no la apariencia formal que puede derivarse de un documento e incluso de una inscripción registral.

3.- Como ya hemos dicho, resulta irrefutable que el acusado recibió el 19% de las Cuentas en Participación y que la cesión instrumental a la Sociedad antes mencionada, cuyo titular registral era su hijo, se produce el mismo día de la suscripción de las cuentas. El propio acusado reconoce en el acto del juicio oral, que la utilización de este mecanismo, se hizo para aminorar los efectos fiscales. Asimismo existe constancia de que hay una sucesiva transmisión a empresas familiares y que existe una venta a la Sociedad Dorna.

4.- De todo ello resulta que el juicio valorativo realizado por la Sala sentenciadora, responde a los más elementales reglas de la lógica y de la razón y que, para poder consumir el beneficio propio y el perjuicio correlativo a la entidad financiera, la intervención del acusado fue decisiva ya que si, como se ha dicho reiteradamente, tanto el recurrente como los demás partícipes hubieran manifestado y expuesto con lealtad y buena fé que tenían interés personal en la adquisición del Centro Comercial Concha Espina, la operación nunca habría llegado a buen término y por tanto no se habría consumado el hecho delictivo de la estafa, que se produce en el momento en que la Corporación realiza el acto de disposición.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

MOTIVOS REFERENTES A OIL-DOR

SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal y habiendo vulnerado el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

1.- Señala la parte recurrente que el motivo discurre por términos idénticos a los que se han propuesto en el motivo primero, relacionado con la operación Centro Comercial Concha Espina, a cuya argumentación se remite, si bien quiere hacer constar que, con respecto a la operación Oil Dor, en el hecho cuarto de la sentencia constan determinados párrafos, de los que se demuestra que concurría el autoengaño impune y que fue Arturo Romaní, quien formalizó los contratos de compraventa de las acciones de Oil Dor y ordenó el pago del precio.

2.- Como reconoce el propio recurrente, se trata de una cuestión repetitiva que ya ha sido abordada en motivos anteriores. Si bien hemos admitido que efectivamente el acusado Romaní tuvo una misión específicamente asignada por la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, ello no quiere decir que toda la responsabilidad criminal sobre la acción realizada recaiga exclusivamente sobre su persona. Está perfectamente relatado en el hecho probado, que tanto el recurrente como los otros dos acusados, gestaron el plan, lo diseñaron y lo llevaron a efecto actuando conjuntamente en la Comisión Ejecutiva, de la manera dolosa y fraudulenta que ya ha quedado reiteradamente expuesta.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ, y 849.2º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba con respecto a la existencia de engaño, lo que viola el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la Constitución, e infringiéndose por aplicación indebida el art. 248 del Código Penal.

1.- Vuelve a reproducir lo alegado respecto de D. Cesar Albiñana Cilveti sosteniendo que no era vocal o consejero de la Corporación Industrial, sino Secretario.

Cita el acta de la sesión celebrada el día 2 de Abril de 1.992 que se refiere a la composición de la Comisión Ejecutiva, de la que se desprende que no es cierta la afirmación de la sentencia, de que los acusados no constituían la mayoría suficiente para la adopción válida del acuerdo.

2.- El motivo insiste en cuestiones anteriormente respondidas y que como se dice en el apartado 1, hacen referencia a la condición personal de Cesar Albiñana y al contenido del acta de la sesión de la Comisión Ejecutiva celebrada el día 2 de Abril de 1.992. Ya se ha reiterado que ambas circunstancias, aún admitiéndolas en el sentido alegado por la parte recurrente no enervan la existencia del engaño suficiente, como elemento sustancial del delito de estafa por el que ha sido condenado. Los documentos que nuevamente se invocan, no tienen entidad suficiente para alterar la narración del hecho probado y por consiguiente, mantenida ésta, el elemento culpabilístico del engaño, existe acreditado por prueba suficiente para enervar los efectos protectores de la presunción de inocencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y del 849.2º de la LECrim., por estimar que la sentencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al declarar probada la existencia del perjuicio patrimonial, lo que determina la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.

1.- Según el informe de FG Inversiones Bursátiles (obrante al tomo 27, folio 8.532 y ss) considera que es absolutamente errónea, la afirmación de la Sala respecto de la existencia de un perjuicio patrimonial. Estima que la sentencia se equivoca al confundir los beneficios teóricos correspondientes a los activos de una multinacional petrolera, lo que sería un beneficio “ordinario” con los beneficios “extraordinarios” calculados para la

explotación de las gasolineras, que se estimaron entonces en cifras más modestas y con referencia a distintas variables.

Acude de nuevo al acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación de 2 de Abril de 1.992 en la que se habla de unas posibilidades de negocio, derivadas de distintas variables (evolución de precios y márgenes comerciales, escasa reacción de los distintos agentes, insuficiente cobertura de estaciones de servicio).

Se remite también a la carta de 30 de Diciembre de 1.994 remitida al recurrente por D. Julián Delgado, Presidente de Oil Dor, nombrado por los nuevos administradores de Banesto y que obra en las actuaciones al tomo 28, folios 9.154 y ss, de la que resulta que a dicha fecha había 70 puntos de venta funcionando o en distintas fases de construcción u organización. Sostiene que es absolutamente errónea la afirmación que vierte la sentencia, de que las valoraciones tomaban como punto de partida un endeudamiento cero de la sociedad. Tampoco es cierto que los accionistas no cumplieran sus compromisos de capitalizar Oil Dor, remitiéndose de nuevo al acta de la sesión de 2 de Abril de 1.999, en la que se dice que la incorporación de Corporación Banesto en la estructura accionarial de Oil Dor, se materializará mediante una fórmula mixta de capitalización de la propia sociedad y del pago a sus actuales accionistas.

También considera erróneas las afirmaciones fácticas sobre el informe de American Apraisal

La bondad de los dictámenes de valoración de FG Inversiones Bursátiles (17.500.000 millones) y de American Apraisal (14.621.000 millones) resulta de los informes de auditoría de las cuentas de la Corporación, correspondientes al ejercicio de 1.992 en que se realizó la operación, y de las cuentas de Oil Dor relativas al ejercicio de 1.993, que se emite cuando ya se han consumado la intervención de Banesto y han sido sustituidos sus administradores. Asimismo se apoya en el recurso de Arthur Andersen contra la resolución del ICAC, con motivo del expediente tramitado a Arthur Andersen, en relación

con la auditoría de las cuentas anuales individuales y consolidadas a la corporación Banesto, así como de otras pruebas periciales existentes en las actuaciones.

Concluye afirmando que en la operación de Oil Dor, no se produjo ningún perjuicio patrimonial a costa y en perjuicio de la Corporación Banesto, por lo que no concurre el perjuicio patrimonial exigido por la estafa.

2.- El motivo, de mayor extensión que otros de los demás acusados que insisten sobre el mismo tema, es objeto de un amplio desarrollo realizando citas documentales que ya han sido objeto de valoración, al abordar las alegaciones de los otros dos acusados.

Los informes periciales citados, en modo alguno acreditan el error del juzgador, ya que las pruebas practicadas han servido para demostrar que hubo engaño y que se trataba de valoraciones realizadas en interés del comprador, como reconoció el propio Francisco González en el juicio oral (folio 6.413), al admitir que partía de que la deuda con los bancos sería de cero pesetas, cuando este dato no respondía a la realidad.

Por lo que respecta al informe de American Appraisal España, se trata, en gran parte, de una reproducción literal del informe de Inversiones Bursátiles FG y según se desprende de la declaración testifical de los representantes de esta Entidad, que figuran en el acta del juicio oral a los folios 6.368 y 6.556, ya se ponía de manifiesto el incumplimiento del plan de desarrollo establecido, lo que aminoraba sustancialmente el valor de las acciones de Oil Dor.

3.- En relación con las acciones, resulta llamativo y ciertamente escandaloso, el hecho de que el acusado, al igual que los otros dos coacusados, interviniese a través de sociedades que dominaba comprando acciones a 10.000 pesetas cuando posteriormente serían vendidas a la Corporación Industrial Banesto a 300.000 pesetas. Según se afirma el beneficio que obtuvo el recurrente de tal operación fue de 638.000.000 de pesetas.

A la vista de estos datos no creemos que pueda sostenerse la inexistencia de perjuicio patrimonial para la entidad y queda también paladinamente acreditado, que el engaño realizado tuvo como objeto obtener un lucro propio a costa del patrimonio de la entidad que administraba.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 248 del Código Penal al estar ausente uno de los elementos de la descripción típica el ánimo de lucro injusto con violación del principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 de la Constitución.

1.- Argumenta que las sociedades citadas, después de haber realizado la venta por la que transmitieron a la Corporación parte de las acciones que tenían en Oil Dor, lejos de realizar el beneficio y hacerlo suyo, lo reinvirtieron en la propia entidad, dando cumplimiento a la obligación de capitalizar en los términos convenidos en la cláusula 11ª de los contratos de compraventa de acciones concertados con la Corporación (Tomo VII del rollo de sala, folios 3.030 a 3.093). Denuncia que estos contratos son criminalizados a los efectos de la presente operación, a pesar de que la Corporación nunca ha pretendido ni ha formulado acción judicial, para exigir su cumplimiento conforme a las garantías establecidas contractualmente a tal fin (cláusula 6ª).

En su opinión, todo ello prueba que tales contratos y operaciones nunca pueden entenderse como constitutivos de engaño y como muestra de dolo o mala fe por parte de las sociedades vendedoras, pues lo que hicieron fue cumplir escrupulosamente las obligaciones que asumieron en dichos contratos de compraventa, por lo que no concurre el elemento subjetivo del injusto.

2.- En este punto reproduce cuestiones ya planteadas en motivos anteriores, concretamente en el motivo cuarto. El sustento de las alegaciones se basa en el hecho de haber mantenido en su poder parte de las acciones de Oil Dor y de haber adquirido otras,

acudiendo a una posterior ampliación de capital lo que, en su opinión, evidencia su falta de dolo y de ánimo de lucro. Sin perjuicio de hacer notar que el desembolso por acción fue ciertamente inferior al que se hizo pagar a la Corporación para la adquisición de las mismas, lo cierto es que, como se señala en la sentencia recurrida, el perjuicio se produce en el momento mismo en que se abona un precio superior al debido, por lo que el desplazamiento patrimonial realizado merma correlativamente el patrimonio de la sociedad perjudicada. La suerte ulterior del negocio recibido como contraprestación, es ya irrelevante para la tipicidad de la estafa.

Contestando a las alegaciones del recurrente se sostiene, con argumentos que hacemos nuestros, que el comportamiento ulterior de los acusados y el destino dado a los fondos indebidamente recibidos y el hecho de que se hayan reinvertido parte de las ganancias en el mismo negocio que se utilizó para procurarse el ilícito beneficio, es un comportamiento posterior a la consumación del delito y que puede obedecer a distintos motivos, ninguno de los cuales es ya relevante a efectos de la existencia de la responsabilidad penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

UNDECIMO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., en relación con los arts. 24.1 de la Constitución y 849.2º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba al estimar la presencia de ánimo de lucro injusto, violando el principio de presunción de inocencia y aplicando indebidamente el art. 248 del Código Penal.

1.- Señala que la sentencia, no valora los dictámenes periciales existentes a las actuaciones y que el recurrente no podía adivinar que los nuevos administradores de Banesto, designados por el Banco de España, iban a paralizar el proyecto de la Empresa de Oil Dor, para vender la mayor parte de sus activos por 2.150.000.000 de pesetas, menos de la mitad de su valor en libros, que estaba fijado en 5.788,4 millones de pesetas (Tomo 28, folios 9.106 y ss).

Considera que la sentencia no ha valorado correctamente los contratos, por los que la corporación Banesto adquirió el 50% de las acciones de Oil Dor que obran al Tomo VII del rollo de sala, Folios 3030 a 3.093, expresamente designados a efecto de casación. Por lo que respecta al recurrente, señala que a pesar de que no le alcanzaba la obligación contractual de capitalizar la empresa, acudió a la ampliación de capital acordada el 20 de Septiembre de 1.993 y cerrada el 23 de Noviembre del mismo año en la que suscribió y desembolsó acciones por un nominal de 4.220.000.000 de pesetas y que las cuatro sociedades pertenecientes a su familia, no sólo suscribieron las acciones que les correspondían sino que tomaron tres veces más, concretamente un 8,8%.

Por último considera que es significativo, que los nuevos administradores de Banesto nombrados por el Banco de España, mantuvieron al recurrente en un cargo de confianza como es el de Vocal del Consejo de Oil Dor durante más de un año, después de la intervención del Banco, a pesar de que Banesto tenía el control absoluto de Oil Dor.

2.- Como se desprende de la lectura del apartado anterior, los documentos invocados ponen de relieve datos, elementos o circunstancias que en ningún momento han sido contradichos frontalmente por la relación fáctica de la sentencia, por lo que sería suficiente con esta argumentación, para rechazar las pretensiones de la parte recurrente en torno a la apreciación de un error de hecho en la valoración de la prueba.

El acusado realiza una valoración de los hechos, que utiliza como argumento para impugnar la calificación jurídica realizada pero, una vez más hemos de señalar que el núcleo esencial de la estafa lo sitúa a la sentencia en el momento de la ocultación de los datos a la Comisión Ejecutiva y sobre todo en la circunstancia relevante del elevadísimo precio pagado, en relación con el valor de adquisición de las acciones. Una vez que se ha consumado y perfeccionado la estafa, el comportamiento posterior carece, como ya hemos dicho, de relevancia a los efectos de desvirtuar la existencia de la conducta delictiva. La prueba documental, a la que hemos de ceñirnos por la propia elección que el recurrente hace de la misma, mantiene intacto el relato de hechos probados y no constituye una base para

declararlo erróneo, por lo que la virtualidad probatoria de los mismos no afecta a la existencia del hecho delictivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DUODECIMO.- Al amparo de los art. 5.4 de la LOPJ., y art. 849.2º de la LECrim., por estimar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba y por tanto en violación del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución por aplicación indebida de los arts. 28 y 248 del Código Penal.

1.- Considera absolutamente erróneo atribuir al recurrente, la propiedad o el dominio de las sociedades, a las que la sentencia denomina su grupo familiar, según se deriva de los folios que cita a continuación.

Del acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación de 2 de Abril de 1.992 no resulta, en su opinión, que el recurrente presentase la operación de Oil Dor a la aprobación de dicha comisión, pues en el acta no se le cita para nada cuando se describe lo acaecido en la sesión.

De los contratos de 18 y 26 de Junio y 1 de Julio de 1.992 resulta que, en ninguno de ellos, intervino el recurrente, ni para representar a tales sociedades ni a la Corporación Banesto.

En consecuencia, considera que no se le puede calificar como autor de los actos ejecutivos típicos de la estafa.

2.- Siguiendo una técnica casacional, que reitera a lo largo de diversos motivos, entremezcla cuestiones relativas al error de hecho con las del error de derecho, por lo que una estricta aplicación de los ritos casacionales, hubiera dado lugar a la inadmisión del motivo. No obstante y teniendo en cuenta que se ha superado dicho trámite, entramos en la valoración de las cuestiones suscitadas.

Según los documentos invocados, la participación accionarial del acusado en la empresa Oil Dor, a través de sociedades de su entorno familiar, coinciden con el contenido de los documentos que pretenden sustentar el motivo. La relación de parentesco con los socios y administradores de dichas sociedades y el factor protagonista que el acusado tenía sobre ellas, ha quedado demostrado, según la prueba utilizada por la sentencia. Más adelante, al abordar los motivos relacionados con la responsabilidad civil subsidiaria de estas sociedades, entraremos en el análisis de la verdadera titularidad de las mismas, lo que de alguna manera confirma la versión de los hechos dada por la sentencia recurrida.

3.- Al realizar la valoración de la prueba, la decisión judicial explica suficientemente no sólo el mecanismo del engaño, sino la forma en que se materializó el perjuicio patrimonial. Entrando en el análisis de las manifestaciones de Carlos García Pardo (pág. 6.565 del Acta del Juicio Oral), acerca de no haber permitido la suscripción de la ampliación de capital a la Corporación, porque estaba reservada a antiguos accionistas, eran evidentemente falsas, porque la realidad demuestra que permitió que entrasen en la Sociedad, no solamente las sociedades Montilsa y Servicios y Recursos, sino que el propio recurrente aumentara su participación a través de sociedades familiares. De esta circunstancia, la sentencia extrae la conclusión fundada, de que la ampliación de capital tuvo como finalidad crear el cauce para que los acusados realizaran el plan delictivo. No vamos a insistir de nuevo en la diferenciación entre el momento consumativo del engaño y la disposición posterior del beneficio obtenido, por lo que nos remitimos a todo lo anteriormente expuesto.

4.- En otro punto del motivo, se vuelve a insistir en las circunstancias concurrentes en la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación, celebrada el día 2 de Abril de 1.992, debiéndose señalar nuevamente, que el acta no entra en contradicción insalvable con lo afirmado por la sentencia, toda vez que lo verdaderamente esencial, a los efectos de la calificación jurídica, es que el recurrente no solamente asistió sino que omitió a los demás miembros de la Corporación su participación en el accionariado de Oil Dor. La circunstancia de que los nuevos administradores de Banesto, le mantuvieran como Vocal del

Consejo de Oil Dor, durante más de un año después de la intervención del Banco, para nada afecta a la realidad de la operación realizada y que contó con el voto favorable del acusado.

En relación con las valoraciones jurídicas, realizadas al amparo de la denuncia de un error de hecho, nos remitimos a lo anteriormente expuesto al contestar a la cuestión de fondo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

MOTIVOS RELACIONADOS CON CARBUROS METALICOS.

DECIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., al considerar que la Sentencia ha aplicado indebidamente el art. 535 del Código Penal de 1.973 violando al propio tiempo la legalidad penal amparada por el artículo 25.1 de la Constitución.

1.- Sostiene que la dinámica comisiva que se describe en el hecho probado, no coincide con la configuración típica de la apropiación indebida, porque en este delito no hay engaño para obtener “la cosa o los efectos” correspondientes. Por el contrario esta figura penal, parte de la posesión lícita de esos mismos elementos por lo que la lesión al patrimonio ajeno, se fundamenta en el abuso de confianza derivada de la ruptura del título por virtud del cual el autor poseía la cosa o los efectos, produciéndose después el acto de distracción, o lo que es lo mismo el acto de incorporación indebida al patrimonio del que se los apropia.

En la apropiación indebida, la cosa o los efectos apropiados han de hallarse previamente en poder del sujeto activo, por haberlos recibido del sujeto pasivo, en virtud de un título que le obliga a entregarlos o devolverlos.

La transferencia de la cantidad que constituye el objeto de la supuesta apropiación indebida, no se produce desde el patrimonio de Banesto, en el que nunca llegó a ingresar, sino desde el patrimonio Air Products, sobre todo teniendo en cuenta que la causa

eficiente del acto dispositivo está vinculada al error padecido por Air Products, que resulta engañada y lo transfiere a Mariella, lo que provoca su reiterada insistencia en obtener de la corporación un justificante de lo pagado a esa sociedad por Jacques Hachuel.

Como complemento de su argumentación, el recurrente sostiene que sólo existiría el ilícito penal, si el dinero se hubiera transmitido desde Air Products hasta la Corporación Industrial Banesto. En su opinión el relato de hechos probados, en todo caso, solamente podría constituir un delito de estafa, lo que vulneraría el principio acusatorio y además desviaría el engaño hacia Air Products y no a la Corporación.

2.- Tratándose de la vía del error de derecho, debemos ajustarnos a la literalidad del relato de hechos probados. Su lectura nos pone de relieve, a través de las complejas operaciones realizadas para conseguir los fines delictivos que los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar habían planificado, según expresión literal del hecho probado, que Air Products adquirió de Banesto el derecho a poder comprar acciones de Carburos Metálicos al precio de 10.230 pesetas por cada acción, estipulándose como precio por unidad de opción, el de 200 pesetas, lo que hacía en total una cantidad de 1.344.000.000 de pesetas, que es precisamente la suma a la que se refiere el punto 3 de la sentencia, al imputar a Arturo Romaní y Pérez Escolar el ánimo apropiatorio, por haber planificado, que no debían ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza.

Estos datos resultan inmodificables por la vía del error de derecho, por lo que las maniobras realizadas en contacto con el también acusado Jacques Hachuel, a fin de que este recibiera el pago de Air Products en Suiza, a través de una sociedad de Hachuel, no son más que manejos y ardidés, que tratan de encubrir la esencia del hecho delictivo, que no es otro que, una cantidad que pertenecía a la entidad Banesto, pasó al patrimonio del acusado y Arturo Romaní, para lo cual se valieron de su condición de administradores y representantes de Banesto.

3.- La Sala sentenciadora considera que la conducta imputable, es la de distracción de dinero, a la que se refiere el tipo de la apropiación indebida. Sin perjuicio de

mantener la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 7 y 14 de Marzo de 1.994 y 26 de Febrero de 1.998, no debe olvidarse que la conducta que se describía en el artículo 535 del Código Penal de 1.973 hacía referencia a dos comportamientos semejantes, empleando para evitar redundancias las expresiones “apropiarse o distraer”, que producían como consecuencia final que el dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se había recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, habían pasado al patrimonio del gestor, fuese cual fuese la maniobra material realizada para conseguir este propósito. Las consecuencias posteriores, solamente afectaban a la responsabilidad civil, ya que en la eventualidad de que se recuperasen los efectos, nos encontraríamos ante un supuesto de restitución previsto en el art. 101 del antiguo Código Penal y si por el contrario, no apareciera rastro, ni del dinero ni de los efectos, la consecuencia sería la indemnización de perjuicios. Por ello estimamos, que no tiene una mayor transcendencia, la diferencia de conductas del administrador, ya que ambas integran el tipo de la apropiación indebida, que ha sido correctamente aplicado por la Sala sentenciadora.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 849.1º de la LECrim., y 5.4 de la LOPJ., por estimar que la sentencia ha aplicado indebidamente el art. 29 del Código Penal.

1.- Considera que a pesar de que ha sido condenado como cómplice, la sentencia no describe la conducta que le atribuye, ni ninguna aportación objetiva y accesoria favorecedora del injusto, lo que además genera indefensión, por imposibilitar su control en este trámite casacional y supone una presunción contra reo, que viola el art. 24.2 de la Constitución.

2.- El motivo, una vez más, está incorrectamente planteado, ya que entra en contradicción con el relato de hechos probados, cuando se ha elegido la vía del error de derecho. Los razonamientos de la sentencia recurrida, a los que nos remitimos para evitar

innecesarias repeticiones, ponen de relieve que las afirmaciones respecto de la participación del recurrente en los hechos que se le imputan están perfectamente acreditados.

3.- La consideración del recurrente como cómplice, en la operación denominada Carburos Metálicos, ha sido abordada al analizar el motivo cuarto interpuesto por la Acusación Popular, encarnada en la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores UGT y habiéndose estimado las argumentaciones vertidas en el mismo, esta Sala ha llegado a la conclusión de que, sin necesidad de modificar ninguno de los elementos fácticos que aparecen en la sentencia recurrida, la participación del acusado debía ser la de coautor y no la de cómplice, lo que dió lugar a la estimación del motivo.

Resulta por tanto innecesario abordar el tema que se plantea bastando para desestimarlo en la remisión al motivo anteriormente citado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMOQUINTO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba, infringiéndose así lo preceptuado en el art. 29 del Código Penal.

1.- La decisión de la Sala, al subsumir la conducta del recurrente en el art. 29 del Código Penal, se haya en contradicción con lo que manifiesta el Informe de la Policía Judicial sobre Carburos Metálicos, de 21 de Diciembre de 1.995 (obrante al Tomo 33, folio 9.829 a 9.856).

En su opinión, dicho documento no describe conducta alguna del recurrente, por la que se demuestre que haya intervenido en la fase ejecutiva de dicha operación. A lo que se debe añadir de manera complementaria, aunque no tenga carácter documental a efectos casacionales, las declaraciones prestadas por uno de los policías que redactó el informe y el Jefe de la Asesoría Jurídica de Air Products.

2.- Una más adecuada ordenación sistemática, hubiera aconsejado que este motivo se colocase precediendo al anterior, pero ello no es obstáculo para entrar en su análisis.

No vamos a entrar en la valoración de la calificación jurídica, sino simplemente en el hecho de la trascendencia que puede darse al documento que, según el recurrente, acredita el error del juzgador y que no es otro que el “Informe de la Policía Judicial sobre Carbuos” de 21 de Diciembre de 1.995 (obrante al Tomo 33, folio 9.829 al 9.856).

3.- La lectura que realiza la parte recurrente respecto de dicho informe, que trata de complementar con las manifestaciones testificales del Presidente de Banesto, realizadas en el momento del Juicio Oral, no sirve para desvirtuar la relación de hechos probados.

Para que tuviese virtualidad probatoria a efectos de acreditar el error de hecho en la apreciación de la prueba, era necesario que el documento invocado contuviese datos de veracidad incuestionable, que acreditaran que el acusado, no intervino en ninguna de las fases de las operaciones que le atribuye la sentencia recurrida. El Informe policial sólo hace una serie de valoraciones genéricas e indeterminadas, sobre el contenido de la operación, sin que en, ningún momento, afirme que el recurrente no tuvo ninguna intervención en los hechos, por lo que el resto de las valoraciones realizadas por la Sala sentenciadora sobre el material probatorio disponible permanecen incólumes.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

MOTIVO REFERENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por violación de los arts. 109 y 110 del Código Penal que definen la responsabilidad civil derivada del delito.

1.- Estima que la sentencia recurrida confiere erróneamente la acción y el derecho a la indemnización por responsabilidad civil, a quien no ha sufrido el supuesto perjuicio, esto es, al Banco Español de Crédito S.A., a pesar de referirse reiteradamente como perjudicada a la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A. La Corporación, en parangón con el Banco, es una entidad con personalidad jurídica distinta, con razón y objeto social distintos, con domicilio distinto, con accionistas distintos y con órganos de representación y de gestión distintos. Tan distinta considera la Corporación del Banco, que hace notar que no se ha personado ni ejercitado la acción civil en la presente causa y, que con respecto a la cual, tanto la acusación pública como la privada no han interesado pronunciamiento alguno en su favor.

2.- En realidad el motivo se extiende en dos cuestiones diferentes. Por un lado, lo que considera la diferente personalidad jurídica del Banco Español de Crédito y de la Corporación Industrial, y por otro, la inexistencia de petición de indemnización para Banesto por parte de las acusaciones.

En relación con la primera cuestión debemos señalar que el Banco Español de Crédito S.A, era la entidad matriz de la cual formaban parte numerosas sociedades filiales. Por si quedaba alguna duda, la propia compañía Banco Español de Crédito S.A, al firmar la póliza de Responsabilidad Civil profesional de Consejeros y Directivos con la Unión y el Fénix Español, manifiesta, en el apartado relativo a las definiciones y concretamente a la consideración del tomador del seguro, que se considerará como tal el Banco Español de Crédito S.A y todas sus sociedades filiales, ya sean participadas directa o indirectamente. A continuación y manteniendo esta circunstancia esencial y haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, incluye en la póliza, de manera expresa, a alguna de sus fundaciones y excluye a otras, como la Corporación Industrial y Financiera Banesto S.A. Ello quiere decir, y así puede leerse en el folio 16.433 del Tomo 52 de las Diligencias Previas, que todas ellas tenían la consideración de Sociedades Filiales, por lo que la petición de indemnización a favor de Banesto, que realiza la propia entidad personada resulta perfectamente justificada.

Con ello queda también desmentido el hecho de que ninguna acusación, formulase petición respecto de la responsabilidad civil, por lo que el motivo carece de fundamento.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VI. RECURSO DE LAS SOCIEDADES DECLARADAS RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIAS.

A) ENFOQUE PREVIO DE LOS DIFERENTES RECURSOS.

1.- Como se desprende de la lectura de los diversos motivos articulados, en relación con la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, el núcleo principal de los argumentos, pasa por sostener que las sociedades implicadas, eran entidades autónomas y completamente desligadas, de las personas que han sido condenadas por los diversos delitos, que se consignan en el fallo o parte dispositiva de la sentencia.

Se esgrime la apariencia formal y, en algunos casos registral, de las sociedades, para mantener que la intervención que se les atribuye, como instrumentos al servicio de los intereses de los acusados, no sólo constituye un error que debe ser corregido, sino que además conculca los presupuestos legales y jurisprudenciales, establecidos para determinar la responsabilidad civil subsidiaria.

Repasando el extenso relato de hechos probados, se observa que las operaciones que se consideran delictivas, han tenido como denominador común, la utilización instrumental de sociedades, cuyo dominio efectivo correspondía a alguno de los acusados. La maraña tejida para tratar de disimular operaciones apropiatorias o defraudatorias, se ha confeccionado con la abundante y, a veces vertiginosa, intervención de sociedades que, en ocasiones, en horas veinticuatro, adquirían y vendían acciones y participaciones y realizaban negocios que tenían como finalidad, dificultar el seguimiento de importantes sumas de

dinero que, perteneciendo a la entidad financiera Banesto de la que eran Presidente y Administradores, pasaron a engrosar sus propios patrimonios.

2.- Esta forma de actuar no es extraña ni desconocida en el mundo de las relaciones financieras y comerciales, por lo que, cuando el tráfico económico trata de presentarnos una fachada o apariencia de legalidad formal, es necesario profundizar en la verdadera situación de la entidad societaria, para hacer aflorar y sacar a la luz la realidad subyacente. La tarea se conoce en otros ámbitos del derecho, como el civil y laboral, con el literario nombre del “levantamiento o rasgamiento del velo” que cubre la apariencia formal, para llegar a conocer la verdadera situación o entramado de la sociedad y actuar en consecuencia.

La tarea está incluso más justificada, en el campo de la investigación criminal, ya que el proceso penal tiene, como finalidad primordial e ineludible, la búsqueda de la verdad material.

En el campo de las sociedades financieras, industriales o empresariales, de gran volumen negocial, la repercusión que pueda tener sobre la economía nacional es un elemento más, a tomar en consideración, para establecer y dilucidar las verdaderas responsabilidades, por encima de la envoltura exterior que trata de difuminarlas.

3.- Esta técnica investigadora ha sido utilizada inicialmente por la jurisprudencia angloamericana, penetrando los jueces sin tener en cuenta la legal apariencia, en el sustrato de la sociedad, averiguando la personalidad de sus componentes y desmontando los abusos que, con evidente fraude de ley, se habían cometido o se estaba en trance de llevar a efecto.

Estos supuestos, como se ha dicho, no pueden ser tolerados por el ordenamiento jurídico. Quien abusa de la persona jurídica, está desvalorizando e incluso despreciando la institución. Si los elementos directivos de las personas jurídicas, violan los límites que ha fijado el ordenamiento jurídico, la radical separación entre la sociedad y los socios, pierde toda su razón de ser.

La jurisprudencia española dispone de abundantes resoluciones, en las que se ha puesto en marcha el mecanismo del levantamiento del velo de las sociedades, saltando por encima de las ficticias protecciones que pudiera proporcionar el formalismo legal. No es necesario recoger todo el elenco de sentencias dictadas en todos los órdenes jurisdiccionales, para justificar la postura adoptada por la sentencia recurrida, en relación con las afirmaciones que se refieren a la verdadera y auténtica dirección y disponibilidad del organismo societario involucrado en los hechos delictivos. Se puede establecer una indiscutible responsabilidad civil subsidiaria, cuando la configuración de las diversas apariencias contractuales, pueden entenderse como constitutivas de un negocio simulado o ficticio, que constituye un verdadero fraude de ley. En todo caso la relación entre los acusados y las sociedades declaradas responsables civiles subsidiarias, está plenamente acreditada a lo largo de la sentencia, por lo que, como veremos más adelante, les alcanzan los efectos económicos indemnizatorios que se señalan.

B) RECURSO DE DATA TRANSMISIONS SYSTEM Y MONTILSA.

? **RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS**

? **TOMO II FOLIOS 811 A 844.**

PRIMERO.- Se renuncia a su formulación.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por estimar que ha existido error de hecho en la valoración de la prueba

1.- Combate la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida, en relación con la Operación Cementeras, que se contiene en los folios 167 y 168 de la sentencia.

Cita como documentos que acreditan el error del juzgador los que figuran a los folios 2.940 a 2.951 de la pieza principal, que documenta el intercambio de acciones de las cementeras y que, a su juicio, demuestran que las hormigoneras no pudieron servir para los fines de compensación o ajuste que se pretenden en la sentencia. En su opinión, con la prueba documental aportada, no se puede sostener la tesis mantenida por la acusación particular, representada por Banesto, que mantiene que, las operaciones de las hormigoneras, se hicieron para hacer ajustes, ni la tesis del Ministerio Fiscal que sostiene que sirvió para realizar compensaciones por las diferencias de valor.

Según los documentos que analiza, no puede sustentarse que el dinero de las operaciones realizadas con las hormigoneras debía ingresar en Banesto.

Por ello cobra especial relevancia la argumentación, que esta parte ha sostenido a lo largo del presente procedimiento y que, no era otra, que el importe se destinó al pago de una comisión personalizada, en el propietario de las sociedades recurrentes.

Sostiene que el reparto de las Cementeras fue altamente beneficioso para Banesto, tanto desde el punto de vista económico como mercantil, significando a renglón seguido que la venta final a CEMEX de las empresas cementeras, que quedan del lado de Banesto en el reparto antedicho, generó para dicha entidad bancaria, altas rentabilidades e ingresos monetarios.

En consecuencia estima, que no ha existido delito de apropiación indebida, ni por tanto responsabilidad civil que les afecte.

2.- El motivo, reproduce, por este nuevo cauce, la cuestión planteada en el motivo decimocuarto del acusado Mario Conde y octavo de Arturo Romaní, por lo que la respuesta tiene que ser análoga a la que se formuló en dichos apartados.

El documento invocado es el acuerdo de 27 de Marzo de 1.990, en el que se desarrolla, según la tesis de la parte recurrente, la forma en que se lleva a cabo la escisión y

el reparto de las sociedades, que aparecen englobadas bajo la rúbrica de Operación Cementeras.

Pretende que su contenido, refleja la única e incontrovertible realidad, sin tener en cuenta que se trata de una mera expresión bilateral de la voluntad de las partes intervinientes, que no impide que su contenido, sea cuestionado por la existencia de otras pruebas de carácter contradictorio, que lleven al juzgador a conclusiones diferentes, de las sostenidas por las sociedades que se declaran responsables civiles subsidiarias.

3.- La sentencia, después de relatar los antecedentes y los motivos de la operación, declara probado que se realizaron intercambios de acciones, cuya extensión y complejidad no es necesario reproducir, para terminar afirmando, de forma tajante, que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio aprovecharon la Operación Hormigoneras, para hacer llegar determinados fondos, que de no haber intervenido los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito, a las Sociedades Gay Cordon y “Data Transmision System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con ese fin”.

4.- La Sala ha valorado ampliamente esta circunstancia y le dedica una especial atención, en el apartado relativo a la valoración de la prueba. La tesis que sostiene la parte recurrente, la rechaza rotundamente la sentencia, apoyándose en varios testimonios que, a su juicio, son verosímiles y revestidos de la necesaria objetividad para su valoración como prueba. Hace un recorrido por las diversas manifestaciones que figuran en el acta del juicio oral que no estimamos necesario reproducir y que sirve de fundamento para obtener conclusiones irrefutables.

Asimismo, acude a la prueba derivada del informe pericial de los peritos del Banco de España y a otro dictamen elaborado por un perito particular.

En definitiva los documentos invocados por la sociedad recurrente están contradichos por otros elementos probatorios, por lo que no resultan idóneos para acreditar que el juzgador se ha equivocado, al afirmar que los beneficios generados por la escisión de las Cementeras correspondía a Banesto.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por estimar que ha existido error en la apreciación de la prueba.

1.- El motivo combate la valoración de la prueba, realizada en la página 171 de la sentencia, en la que se llega a la conclusión de que la plusvalía de 1.224 millones de pesetas debía ser recibida por Banesto y no por la Sociedad Gay Cordón, y la afirmación de que, el hecho penalmente relevante, se encuentra entonces, no en la venta a Portland, sino en la transmisión de las sociedades hormigoneras citadas de Beta 0 a Gay Cordón por el mismo precio de adquisición.

Para sostener el error se apoya en los folios 2.944, 2945 y 2.925 y ss; 1.885 a 1.887 y 10.820, todos ellos de la pieza principal, de los que infiere, de modo directo, que Beta 0, no fue la destinataria de las acciones de las hormigoneras. Asimismo tales documentos prueban, en su opinión, que la venta de las hormigoneras no pudo constituir un medio para proporcionar dinero a Banesto, de modo que se verificó directamente, desde el Grupo Valenciana a la sociedad Gay Cordón. De todo ello se deriva que Beta 0 no era, en ningún caso, la destinataria de las acciones de las hormigoneras. Que la venta de las hormigoneras no era tampoco un medio de dar dinero a Banesto y que la venta como fruto económico, va directamente del Grupo Valenciana a la Sociedad Gay Cordón. Del manejo de todo el acervo documental llega a la conclusión, de que las operaciones efectuadas en torno a las hormigoneras, se produjeron por causa del pago de una comisión a D. Jaime Domingo Cedeño, cuya causalización ya ha explicado en el motivo anterior.

2.- El motivo es una prolongación del anterior y se apoya, en parte, en los mismos documentos, añadiendo otros con los que pretende demostrar que la Sociedad Beta O no fue la destinataria de las acciones de las hormigoneras.

En este punto, se reproducen algunas cuestiones que fueron suscitadas en los motivos segundo y tercero del recurso formalizado por el acusado Arturo Romaní. La sentencia, después de una profunda disección de las diversas operaciones y teniendo en cuenta, alguno de los elementos probatorios, a los que hemos hecho referencia y manejando otros nuevos, establece de forma tajante, que el hecho penalmente relevante se encuentra no en la venta a Portland, sino en la transmisión de las sociedades hormigoneras de Beta Cero a Gay Cordon. No puede olvidarse, que la sentencia afirma y la parte recurrente no lo niega, que la sociedad Beta Cero S.A., estaba participada mayoritariamente por Banesto, que era la entidad destinataria de la plusvalía.

Como se afirma por la sentencia, sin que exista prueba documental que lo contradiga, cuando se lleva la operación para su aprobación a Portland Ibérica, se había ya producido la transmisión de Beta O a Gay Cordon, por lo que Banesto no recibió el importe de la plusvalía, como le correspondía, sino que esta cantidad fue derivada a la Sociedad Gay Cordon, que fue el cauce para que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní obtuvieran las disponibilidades de aquellas sumas.

3.- La tesis de los acusados y de la sociedad ahora recurrente, admite de forma indirecta que la operación generó un beneficio con cargo a la familia Serratoso, pero sostiene que lo fue para el pago de una comisión a Jaime Cedeño, de nacionalidad panameña, por su intermediación en la división del grupo.

Los documentos invocados carecen de virtualidad para mantener esta afirmación y, como recoge la sentencia, existen abundantes instrumentos probatorios que lo desmienten, como el testimonio de Emilio Serratoso, que niega en su declaración que pagase comisión alguna a un intermediario panameño.

La sentencia pone de relieve, todos los esfuerzos desplegados para que compareciese el panameño Jaime Cedeño y considera, sin que exista contradicción documental valorable, que el documento público producido extrajudicialmente en Panamá, no puede sustituir la ausencia de un testimonio directo de quien lo suscribió. Dicho documento no puede tener más valor probatorio, que uno de igual naturaleza otorgado conforme al derecho español, es decir prueba su fecha y el motivo de su otorgamiento (art. 1218 del Código Civil).

Dando por reproducidos los argumentos de la sentencia recurrida, estimamos que los documentos invocados, no tienen entidad probatoria suficiente para acreditar el error del juzgador, ya que existen elementos probatorios de entidad y signo contrario que los desvalorizan.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO Y QUINTO.- Se renuncia a su formulación.

SEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por haber existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Con este motivo se pretende combatir la afirmación de la sentencia en el apartado de hechos probados (pág. 72), en los que se declara que “la Sociedad Data Transmission System S.A., domiciliada como la Sociedad Montilsa S.A y Apolo Inversiones y Servicios S.A en la C/ Pedro Romero nº 8 de Madrid, fue adquirida el 7 de Mayo de 1.990 por Arturo Romaní Biescas, aunque formalmente aparecía como compradora la Sociedad Selino”.

También se combate la afirmación relativa a que Peter Schwartz era el administrador de la Sociedad Veliades.

Se apoya para ello en la prueba documental aportada por la defensa de Arturo Romaní Biescas, en el momento del juicio oral, al amparo de lo dispuesto en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se acredita de forma fehaciente, en su opinión, que la sociedad Selino Stablistment es propietaria de Data y tanto ésta como la otra así como Veliades Holding, son propiedad de D. Jaime Domingo Cedeño.

Como documentos concretos, cita los certificados originales expedidos por D. Peter Schwartz, en relación con las sociedades Selino Stablistment , Veliades Holding y Montilsa S.L. También cita los certificados originales expedidos por D. Hans Gassner, en relación con Selino Stablistment. Por último cita el certificado original del registro Mercantil del cantón Thurgau, a través del cual se acredita la pertinente autorización de firma de D. Peter Schwartz como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad Veliades Holding. Con todo ello quiere acreditar que Arturo Romaní, no ha tenido ninguna participación, ni es propietario de las mencionadas sociedades, sino que su único propietario es D. Jaime Domingo Cedeño.

2.- En relación con estas alegaciones, conviene reproducir las consideraciones generales realizadas sobre el levantamiento del velo de las entidades societarias, sin perjuicio de recordar que el documento invocado, carece de virtualidad probatoria y de entidad fáctica suficiente como para acreditar un error inequívoco del juzgador. En el contrato en el que figura la adquisición de Data Transmission System S.A por Silino, se contienen manifestaciones de las partes intervinientes, que no hacen fe contra terceros y que todavía son más inoperantes en un proceso penal, cuando se enfrentan a otros elementos probatorios que son analizados por la Sala sentenciadora y debidamente ponderados en los fundamentos jurídicos de la sentencia. Manejando todo el caudal probatorio resulta acreditado, que la empresa a donde van a parar definitivamente los fondos de la operación, es una sociedad que dominan los acusados, como consta abrumadoramente acreditado, hasta el punto de que disponen de los fondos libremente y a su antojo, para satisfacer sus necesidades personales.

Como dice la sentencia y hacemos nuestro, cuando la titularidad se atribuye a un tercero que no viene a juicio y no puede ser interrogado y el capital de la Sociedad Data Transmission, está integrado por sociedades extranjeras domiciliadas en “paraísos fiscales” y registradas a nombre de personas, que ostentan titularidades formales, existen dificultades para pronunciarse sobre la real titularidad, pero insistimos en que lo relevante es que la sociedad que sirve para canalizar el lucro obtenido se encuentra en la esfera de dominio de los acusados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7º del Código Penal de 1.973; del artículo 295 del Código Penal de 1.995, así como el artículo 25 de la Constitución Española del principio de legalidad penal y del principio de vigencia de las normas.

1.- El presente motivo parte de la consideración esencial de que no ha quedado acreditado, el presupuesto esencial para la subsunción típica de los hechos en el delito de apropiación indebida, señalando que la tesis acusatoria, arranca de una petición de principio indemostrada, cual es que la cifra de 1.556 millones de pesetas formaba parte del precio de ajuste de la operación relativa a la escisión del Grupo Cementeras.

Más adelante, olvidándose del cauce casacional elegido, sostiene que esa afirmación no está basada en criterios probatorios de carácter económico o negocial ni en testimonios directos fiables. Manteniendo la postura de la inadecuación de la calificación de los hechos como apropiación indebida, sostiene, a efectos dialécticos, que la previsión típica más cercana a la criminalización de la denominada Operación Cementeras sería la de administración desleal del art. 295 del Código vigente, que no puede ser aplicado retroactivamente.

2.- Resulta inadecuado casacionalmente, que la parte considerada como responsable civil subsidiaria, ataque la calificación jurídica de los hechos que se imputan a

los acusados. De todas formas, no habiéndose inadmitido el motivo, contestamos a sus pretensiones recordando la doctrina mantenida, al contestar a los motivos de los acusados, relativa a la distinción entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Combate las páginas 198 y 199 de la Sentencia en las que se hace una valoración probatoria respecto a la forma en que los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar adquirieron el porcentaje de las cuentas en participación de la operación del Centro Comercial Concha Espina.

Cita como documentos los Tomos íntegros 41 a 43 de la Pieza Documental, los certificados aportados por la defensa de Arturo Romaní en el turno de intervenciones establecido al amparo del art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el contenido del folio 30.577 de la Pieza Documental.

2.- Con todo este bagaje documental pretende acreditar que ni Arturo Romaní ni la sociedad Montilsa ostentaban participación alguna en el negocio relativo a la denominada Esquina del Bernabeu. Para ello se ampara en el certificado original expedido por el corredor de comercio colegiado D. Manuel Cartagena Fernández que acredita la autenticidad de la póliza de operaciones al contado adjuntada al mismo de fecha 7 de Noviembre de 1.991, en la cual se reconoce a la Sociedad Veliades Holding participaciones sociales de la Mercantil Montilsa S.L, las cuales fueron adquiridas mediante contrato de fecha de 25 de Octubre de 1.991. Con ello pretende acreditar que el acuerdo de inversión en el Centro Comercial Concha Espina, es de 26 de Septiembre de 1.990 y es el 25 de Octubre de 1.991, cuando se adquiere la Sociedad Montilsa y el 5 de Noviembre de 1.991, cuando se produce la adquisición del 29% de las cuentas en participación por parte de Dorna.

3.- Con dichos documentos pretende acreditar, que según se desprende del particular que hace referencia a las fechas en que se toma por la Corporación Industrial Banesto, la decisión de comprar el 48% de las cuentas en participación del Centro Comercial Concha Espina (26 de Septiembre de 1.991), ni Arturo Romaní ni Montilsa ostentaban la titularidad de participación alguna en dicha operación.

Una vez más, nos encontramos ante un intento de hacer prevalecer la apariencia formal, sobre la realidad contrastada e inamovible, resultante de la totalidad de la actividad probatoria manejada por la Sala sentenciadora.

El hecho cierto y no desmentido, ya esgrimido frente a otras pretensiones casacionales, es que fue la Sociedad GESTIESA la que formaba parte de un entramado formal en el que se entremezclan participaciones sucesivas de la Sociedad Apolo Inversiones y Servicios S.A., la Sociedad Trycoun, Veliades Holding y Servicios y Recursos S.A. Lo que verdaderamente interesa a los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria, es que tanto GESTIESA como MONTILSA eran las sociedades que ostentaban la titularidad de las cuentas en participación a través de sucesivas transmisiones y sin que hubiera desembolsado cantidad alguna por dicha titularidad. Dichas sociedades son las que se instrumentalizan para disponer, por parte de los acusados Conde y Romaní, de los fondos obtenidos ilícitamente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24.2 de la Constitución.

1.- Combate la página 89 de la sentencia en el apartado concreto (11), en que se afirma que “la Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1.776 millones de pesetas”.

En realidad toda la argumentación se basa en desmentir la realidad de los hechos, cuestión que ya ha sido planteada en motivos anteriores.

2.- El motivo se refiere de manera más específica, a la operación relacionada con el Centro Comercial Concha Espina y a la obtención de un lucro personal a través de la venta de los porcentajes de las cuentas en participación, que se habían adquirido sin obtener contraprestación alguna.

El motivo se canaliza por la vía del error de derecho y al invocar la vulneración de preceptos constitucionales no precisa exactamente cual considera lesionado. No obstante, y por si se tratase de la invocación de la presunción de inocencia, nos remitimos a lo que se razona en la sentencia sobre el perjuicio patrimonial derivado de la maniobra engañosa, cuya autoría se imputa a los acusados Conde, Romaní y Pérez Escolar. Este dato es inamovible y partiendo de todas las pruebas que se han utilizado para darlo por sentado, resulta indiscutible que el lucro patrimonial se canaliza hacia los acusados a través de la Sociedad Montilsa, controlada por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní que vendió a Dorna sus participaciones en las cantidades que se mencionan en el apartado de hechos probados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido por indebida aplicación los artículos 248 y 250.6º y 7º del Código Penal de 1.995 y con carácter alternativo y subsidiario por indebida inaplicación del art. 295 del mismo texto legal.

1.- El motivo se refiere al Centro Comercial Concha Espina y está relacionado con el siguiente, que se refiere a la Operación Oil Dor.

Considera que no concurren los elementos constitutivos del delito de estafa, por no haber engaño bastante protagonizado por determinados administradores de la Corporación Industrial Banesto y proyectado sobre otros compañeros de la Comisión Ejecutiva de la misma Corporación que la Sentencia presenta, pretendidamente como

víctimas del engaño. En su opinión no hay conducta activa o mendaz, que incorpore un ardid o engaño bastante, cuya adecuación subjetiva y objetiva en el contexto de los hechos, permita superar la cautela o la autoprotección puesta por los destinatarios de esa conducta mendaz.

Finalmente y a efectos dialécticos mantiene que la pretendida doble posición societaria de los acusados, por lo demás negada por esta defensa, tan sólo encontraría ámbito de especulación hermeneutica incriminadora, en relación con el art. 295 del Código Penal de 1.995 de imposible aplicación retroactiva contra el reo.

2.- Como puede observarse la parte recurrente entra en el fondo de la calificación jurídica de los hechos que se imputan a los acusados y, suplantando su posición procesal alega la inexistencia de los elementos constitutivos del delito de estafa en cuanto que considera que el engaño no es bastante y al mismo tiempo se infringieron los deberes de cuidado y autoprotección por parte de los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto. Añade también, que el comportamiento es meramente omisivo y que por tanto carece de entidad típica.

La cuestión ya ha sido planteada por los acusados y contestada, entre otros en el motivo decimocuarto del acusado Romaní, por lo que, sin perjuicio de insistir en la irregularidad casacional advertida, damos por contestada la pretensión impugnatoria de las entidades declaradas responsables civiles subsidiarias.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

MOTIVO UNDECIMO.- Se renuncia expresamente a su formulación.

MOTIVO DUODECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los artículos 528 en relación con el 529.7ª del Código Penal de 1.973 y con carácter subsidiario o alternativo se formula la indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- El motivo se refiere a la operación Oil Dor e insiste en alegaciones idénticas a las anteriormente formuladas, admitiendo también el encaje típico en el art. 295 del Código Penal de 1.995 de imposible aplicación retroactiva contra el reo.

2.- La única variante respecto del motivo anterior, consiste en hacer una valoración interpretativa de la forma en que tenían que computarse los votos delegados y el número de Consejeros que asistió a la reunión de la Comisión Ejecutiva, insistiendo en que no se debió computar el voto del Sr. Albiñana.

La cuestión ya ha sido abordada en motivos anteriores, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto para rechazar estas pretensiones. Todo ello sin olvidar que se trata de materia de fondo que afecta exclusivamente a los acusados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

D) RECURSO DE LAS ENTIDADES CIFUENTES 2000 S.L., LAS JARAS DE SAN LUIS, S.A., SANTA CRUZ DE BUJEDO, S.A., SAN ANTON DEL ESPINO S.A., Y APROVECHAMIENTOS AGROPECUARIOS LAS JARAS DE SAN LUIS, S.L, declaradas responsables civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar. Tomo III folios 969 a 1022.

PRIMERO.- El motivo primero se formaliza por infracción de ley, en nombre de Cifuentes 2000 S.L., al amparo de los arts. 849.1 de la Lecrim., y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por haberse declarado la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad en las operaciones atribuidas a Rafael Pérez Escolar y que se denominan como Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor.

1.- Sostiene que Cifuentes 2.000 S.L, no fue citada a declarar durante toda la instrucción sumarial a través de sus administradores o representantes, ni siquiera en calidad de testigos, ni nadie tampoco, a título de administrador o representante suyo, fue imputado en las diligencias previas correspondientes a la sentencia que ahora se recurre en casación.

Por tanto, ningún administrador o representante pudo asumir consecuentemente el status de responsable civil, ni tuvo ocasión de defender a la sociedad de una eventual reclamación por responsabilidad civil subsidiaria con respecto a cualquier imputado concreto, porque nadie llegó a declarar, a lo largo del dilatado sumario, en concepto de administrador o representante de dicha sociedad.

Cuanto antecede viene refrendado en el auto de derivación de procedimiento abreviado que dictó el instructor el 8 de abril de 1.996, cuya resolución no se refirió a la entidad recurrente, ni siquiera aludió a ella, con la trascendental consecuencia de no valorar en cualquier forma su eventual participación en los presuntos delitos objeto de instrucción, en las condiciones que exigen inexcusablemente los arts. 120 y 122 del Código Penal para extender la responsabilidad civil a quienes no hayan participado de manera directa en los hechos objeto de la denuncia.

2.- La propia parte recurrente reconoce que el instructor en el auto de 27 de mayo de 1.996 por el que acordó la apertura del juicio oral, incluyó por primera vez y, por tanto en su opinión de forma sorpresiva a la entidad Cifuentes 2.000 S.L, como responsable civil subsidiaria y lo hizo según sostiene, sin expresar los fundamentos fácticos ni los fundamentos jurídicos en que ineludiblemente debían asentarse esa atribución de responsabilidad civil. Y añade que el citado auto tan sólo se acordó de Cifuentes 2.000 para la adopción de cautelas patrimoniales, por lo que en el proceso, se ha lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión.

La resolución judicial fue recurrida en reforma y mantenida por el Juez de Instrucción. La parte recurrente vuelve a reproducir su postura en el trámite de cuestiones previas, una vez abierto el juicio oral, y la Sala, en la extensa y detallada decisión que se contiene en el auto de 9 de Marzo de 1.998, motiva suficientemente su postura sobre la responsabilidad civil de la entidad recurrente y recuerda, citando una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Diciembre de 1.996, que el derecho a la tutela judicial efectiva “no incluye el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de omisiones evidentes”.

De firma detallada, el auto de la Sala explica con claridad y precisión, que es distinta la posición del imputado y del presunto responsable civil, hasta tal punto, que la incomparecencia a juicio de este último no constituye una causa de suspensión de la vista de conformidad con lo establecido en el artículo 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sostenemos como hace el auto recurrido, que el ejercicio de la acción civil ex delicto, se encuentra sujeto al principio dispositivo y corresponde promoverla a las partes acusadoras y actores civiles, las que pueden hacerlo en el mismo momento de formular acusación, de modo que si antes de ese momento procesal no ha habido ejercicio de la acción civil, el Juez de Instrucción no puede, de oficio, citar en concepto de responsables a persona física o jurídica frente a la cual no se ha ejercitado aún pretensión civil alguna.

Centrándonos en la verdadera esencia de lo que plantea la parte recurrente debemos afirmar que no ha existido indefensión material alguna, ya que el artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concede la posibilidad de proponer prueba que contrarreste la pretensión de responsabilidad civil ejercitada. Habiéndosele dado traslado de los escritos de acusación en los que aparece de forma explícita los hechos en que se fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria, la parte recurrente no solamente ha podido contestar en sus conclusiones provisionales y definitivas, sino también en el informe oral después de haberse practicado todas las pruebas que estimaron procedentes.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- El motivo segundo se formula en nombre de Cifuentes 2.000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A., y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por considerar que la sentencia recurrida infringe el art. 24.2 de la Constitución al incidir en violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al declararlas responsables civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar sin que las acusaciones hayan establecido en su pretensión las circunstancias determinantes de dicha responsabilidad.

1.- Sostiene que los perjuicios, a cuyo pago se condena a las entidades anteriormente mencionadas, no se han determinado de manera directa y ni siquiera

indirectamente mediante, la exposición de las bases para hacer su cálculo, supliendo así el Tribunal de Instancia de oficio e indebidamente, las omisiones padecidas por las acusaciones. Por lo que al vulnerar los principios de rogación y dispositivo, que rigen en el ejercicio de la acción civil e incluso del Código Penal, la sentencia ha violado el derecho fundamental de las recurrentes a la tutela judicial efectiva. Pone de relieve que tanto el Ministerio Fiscal, como los presuntos perjudicados, el Banco Español de Crédito S.A y el Fondo de Garantías de Depósitos, que se han disputado entre sí esa condición sin serlo efectivamente ninguno de ellos, han debido ejercer en forma –y no lo han hecho- la pretensión indemnizatoria que acoge inexplicablemente la sentencia recurrida, al condenar a las sociedades mencionadas como responsables civiles de Rafael Pérez Escobar. Tampoco han cuantificado el importe de las responsabilidades civiles que reclaman, y aunque alguna de ellas ha pedido que se determine en ejecución de sentencia, puestos a extremar su pasividad motivada por la absoluta inexistencia de perjuicio han adoptado manifiestamente esa postura, sin establecer siquiera las bases para ello, limitándose a solicitar como importe, la cantidad en la que se han lucrado los acusados.

Por otra parte para que el cálculo del supuesto perjuicio sea real, también habría que tener en cuenta las cantidades desembolsadas en efectivo para la suscripción de las acciones de Oil Dor, ya que Pérez Escolar y las sociedades de su familia no las adquirieron a título gratuito.

El Tribunal que, de oficio, suple indebidamente las carencias padecidas en las pretensiones de la parte, deja por definición de ser imparcial y en el presente caso ha generado una grave indefensión a las sociedades, infringiendo el art. 24.2 de la Constitución Española de obligada observancia en todo proceso.

2.- Es suficiente con la lectura de la sentencia para llegar a la conclusión contraria a la pretendida por la parte recurrente. Al reseñar en la página 23, la acusación formulada por el Fondo de Garantía de Depósitos, termina precisando que las indemnizaciones a las que se refiere el amplio escrito de esta acusación, que afecta a todos

los acusados y a las Sociedades que ahora recurren, precisa y especifica cuáles son las sumas por las que cada una de ellas debe responder.

Carece por tanto de realidad, la afirmación de que no se habían fijado las bases necesarias para determinar la responsabilidad civil que se solicitaba, resultando, por el contrario, acreditado que se cumplieron las previsiones establecidas en los artículos 108 del Código Penal de 1.973 y 122 del Código Penal de 1.995.

La cuantificación no solamente cumple con los principios de rogación y dispositivo, que rigen el ejercicio de la acción civil, sino que ha proporcionado a las entidades recurrentes la posibilidad de impugnar las diferentes partidas y denegar la cuestión de fondo relativa a la existencia de responsabilidad civil subsidiaria por parte de las mismas, por lo que, en ningún momento, se le ha privado de la tutela judicial efectiva.

3.- En relación con la posición procesal del Banco Español de Crédito S.A y del Fondo de Garantía de Depósitos, no cabe discutir que a lo largo de las actuaciones han ostentado la condición de parte y que han esgrimido los derechos que consideraba que le pertenecían, todo ello sin perjuicio de las matizaciones que se han realizado y que damos por reproducidas, respecto de la condición de perjudicado del Banco Español de Crédito y de las posibilidades de repetición que ostenta el Fondo de Garantía de Depósitos respecto de las cantidades entregadas para reflotar el banco.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- El motivo tercero se formula en nombre de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de Las Jaras de San Luis S.L, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que la sentencia recurrida incurre en violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión.

1.- El motivo se refiere a las responsabilidades civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar, por las operaciones denominadas Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, por estimar que en la sentencia, no se motiva de forma alguna el fallo, al omitir tanto el hecho de que se deriva la atribución del Responsable Civil Subsidiario, como la norma jurídica que se estima aplicable, lo que ha infringido por violación, el art. 24.1 de la Constitución Española y el artículo 115 del Código Penal.

Cita en apoyo de su tesis, varias sentencias del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, cuya doctrina compartimos y más adelante, señala que la propia sentencia, en relación con las Operaciones Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, reconoce que no se ha cuantificado el importe de las responsabilidades civiles o que han existido imprecisiones sobre este punto.

2.- El artículo 120 del Código Penal vigente y el artículo 22 del Código de 1.973, anudaban la responsabilidad civil subsidiaria derivada de los delitos o faltas cometidos en el seno de las personas jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, a las actividades delictivas que hubieran cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Por tanto, para determinar si está correctamente conectada la responsabilidad penal de los acusados con la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas a las que se le imputa la indemnización, es suficiente con el análisis de los hechos probados ya que establecidos los sustentos fácticos de la conexión, la responsabilidad surge por imperativo legal, sin que sea necesario que la resolución que la impone agote, de manera exhaustiva, los razonamientos o argumentos que le llevan a establecerla.

3.- En relación con el supuesto que nos ocupa, la sentencia recurrida afirma y considera como probado que el acusado Rafael Pérez Escolar, vendió a la Sociedad Dorna S.A el 2 de Octubre de 1.991, antes de la efectiva adquisición por la Corporación Industrial Banesto, un 4,5% del total del 9% de “cuentas en participación” que dominaba a través de su Sociedad Cifuentes 2000, determinándose el precio pagado por la Operación. La anterior afirmación se refería a la Operación del Centro Comercial Concha Espina, pero más

adelante al describir los hechos relacionados con la Operación Oil Dor, se declara también, que Rafael Pérez Escolar no sólo suscribió la parte proporcional a la participación accionarial que tenía asumida, sino que la aumentó hasta el 12% de la Sociedad, suscribiendo las acciones sociedades de su “entorno familiar”: San Antón del Espino suscribió 500 acciones por 5.000.000 de pesetas; Santa Cruz de Bujedo 650 acciones por 6.500.000 pesetas; Las Jaras de San Luis 450 acciones por 4.500.000 pesetas y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis 800 acciones por 8.000.000 de pesetas.

4.- En consecuencia y de conformidad con lo establecido por la sentencia de esta Sala de 24 de Julio de 2000 y otras varias, que no sólo permiten sino que aconsejan complementar los razonamientos deslizados en las sentencias recurridas, estimamos que la conexión entre las afirmaciones fácticas reseñadas y las que manifiestan que el acusado Pérez Escolar obtuvo una participación de las cuentas en participación de forma gratuita, conectadas con lo anteriormente dicho, permiten declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Cifuentes 2000 S.L por haber sido utilizadas por el acusado como medio para procurarse el ilícito beneficio, ratificándose la suma señalada en la sentencia por la que debe responder la mencionada sociedad.

En relación con Oil Dor, la Sala reconoce que se encuentra con dificultades por la imprecisión de las acusaciones para determinar exactamente la responsabilidad civil, si bien establece que, en todo caso, ésta alcanza a la diferencia entre el precio de la acción de Oil Dor (10.000 pesetas) y el precio abonado por la Corporación Industrial Banesto (300.000 pesetas). En relación con Rafael Pérez Escolar afirma que si bien pudiera haber reinvertido parte de la ganancia en el mismo negocio, es un comportamiento posterior a la consumación del delito y no excluye el dato irrefutable de que utilizó las Sociedades mencionadas para procurarse un ilícito beneficio, con lo que, sin necesidad de mayores razonamientos y remitiéndonos a los preceptos indicados, debemos declarar que no se ha infringido ni la tutela judicial efectiva, ni se ha producido indefensión alguna.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- El motivo cuarto se formula en nombre de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de las Jaras de San Luis S.L, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 109 del Código Penal, al declarar la sentencia recurrida la Responsabilidad Civil Subsidiaria de las mencionadas Sociedades condenándolas a indemnizar al Banco Español de Crédito S.A., siendo así que en esta entidad bancaria no concurre la condición de perjudicada y por tanto carece del derecho a la reparación y a la acción dirigida a obtenerlo.

1.-. Pone de relieve que las pretensiones indemnizatorias se han formulado por las acusaciones en beneficio exclusivo del Banco Español de Crédito S.A y ninguna de las partes personadas en la causa ha ejercido pretensión alguna a favor de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, una entidad con razón social, personalidad jurídica y objeto social distintos, accionistas distintos y órganos de administración y gestión distintos.

La Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, no se ha personado a la causa ni ha ejercitado pretensión indemnizatoria alguna, por lo que la sentencia atribuye exclusivamente el carácter de perjudicada a la Corporación, Sociedad distinta del Banco, que es la que ostentaría entonces el derecho a la reparación del daño de conformidad con el art. 109 del Código Penal.

2.- Parece evidente, a estas alturas de la Sentencia, que todas las operaciones que se persiguieron en la presente causa y que se reseñan en el relato de hechos probados contribuyeron, de alguna u otra manera a la desestabilización económica y financiera de la entidad matriz que no era otra que el Banco Español de Crédito.

A pesar de lo afirmado por la parte recurrente, cuya legitimidad para invocar la vulneración del art. 109 es cuestionable, lo cierto e incontrovertible es que la entidad en cuyo auxilio tiene que acudir el Fondo de Garantía de Depósitos, debido a los agujeros y desfases contables derivados de la conducta de los acusados, no es otra que el Banco Español de Crédito S.A, teniendo todas las demás, entre ellas la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, la condición de Sociedades Filiales. Por si existiese alguna duda,

en el folio 16.433 que figura al Tomo LII de las actuaciones y en el que consta la entidad tomadora del Seguro con la Compañía La Unión y el Fénix se dice claramente que el tomador del seguro es el Banco Español de Crédito S.A y sus sociedades filiales, ya sean participadas directa o indirectamente, que se mencionan en la póliza.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Se formula en nombre de Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de las Jaras de San Luis S.L, por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.1 de la L.E.Crim., por haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución.

1.- Se basa el motivo, en que dichas sociedades han sido declaradas responsables civiles subsidiarias, sin que hayan tenido oportunidad de defenderse, en la fase de diligencias previas, al no haberse instado la acción civil por ninguna acusación, ni haberse propuesto, en tal concepto de responsables civiles, la declaración de cualquier administrador o representante suyo y al haber sido dichas traídas sorpresivamente al proceso, por el auto de aclaración dictado por el Juzgado de Instrucción Central nº 3 de fecha 4 de Junio de 1.996, que modificó esencialmente el autor de apertura del juicio oral, con infracción del principio de inmodificabilidad de las sentencias y autos definitivos establecido en el art. 267 de la LOPJ.

El auto de derivación a procedimiento abreviado no menciona a las entidades antes mencionadas. El auto apertura de juicio oral de 27 de Mayo de 1.996 tampoco las incluía o mencionaba y su aparición, en este proceso, se produjo, por primera vez en el Auto de Aclaración de 4 de Junio de 1.996.

2.- La cuestión viene a reproducir los mismos argumentos que con anterioridad, en el motivo primero se utilizaron en relación con la Sociedad Cifuentes 2000 S.L y ya fueron abordados en el Auto de la Sala de 9 de Marzo de 1.998 al que nos hemos referido.

En relación con la diferente posición procesal del imputado o acusado y del responsable civil, damos por reproducido todo lo anteriormente expuesto, y por lo que se refiere a la mención expresa al Auto de Aclaración del Juez de Instrucción de 4 de Junio de 1.996, hacemos nuestros los razonamientos de la Sala Sentenciadora y volvemos a citar la Sentencia de 17 de Diciembre de 1.996 del Tribunal Constitucional, en la que se declara que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de omisiones evidentes. En el caso de no haberse producido la aclaración solicitada, el Fondo de Garantía de Depósitos hubiera visto vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al no existir pronunciamiento sobre una petición que había formal y válidamente realizado.

Tampoco se afecta a la inmutabilidad de las resoluciones judiciales y al principio de la seguridad jurídica, ya que no se alteran de manera sustancial los presupuestos básicos de la posición de las partes en el proceso y de las peticiones realizadas, por lo que nos encontramos ante una simple aclaración o subsanación a la que no se le puede dar la trascendencia que pretende la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEXTO.- Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de las Jaras de San Luis S.L, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la apreciación de la prueba con respecto a las operaciones del Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, al condenar a las entidades como responsables civiles subsidiarias sobre la base fáctica de que pertenecen a Rafael Pérez Escolar.

1.- Al fundamentar el motivo añade que la sentencia ha infringido, por aplicación indebida, el art. 120 o el art. 122 del Código Penal, aunque no es posible precisar si uno o el otro, puesto que la sentencia, en su evidente falta de motivación, no cita ninguno de ellos como soporte de la responsabilidad civil subsidiaria.

Las menciones a la pertenencia de dichas sociedades a Rafael Pérez Escolar, como sociedades de su entorno, son muy imprecisas y son de todo punto inadmisibles al formularse en unos hechos probados.

Como documentos en los que apoya el error que imputa a la sentencia, cita sustancialmente las anotaciones del Registro Mercantil, relativas a las aprobaciones de las cuentas anuales de las diversas sociedades, y en relación con la Sociedad Santa Cruz de Bujedo S.A., considera que la documentación aportada por la Agencia Estatal de Administración de Tributos (Tomo 36, folios 10.676 a 10.711), demuestran que tampoco pertenece al acusado Pérez Escolar. En este punto concreto reconoce y admite, por exigencias de la buena fe procesal, que no se ha señalado esa documentación al formalizar el recurso.

2.- Ateniéndonos estrictamente a la modalidad casacional elegida por la parte recurrente, no haremos ninguna referencia a la supuesta infracción de los artículos 120 o 122 del Código Penal, ya que no tienen encaje en un motivo por error de hecho y, por otro lado, la correcta aplicación de los mismos, ya ha sido declarada en un anterior motivo.

Ciñiéndonos a los documentos invocados, ninguno de ellos tiene virtualidad suficiente para acreditar un error palmario del juzgador que al relatar las diferentes operaciones que imputa al acusado Pérez Escolar y concretamente la cesión del 19% de las Cuentas en Participación relativas a la Operación Concha Espina, declara que la Sociedad Cifuentes 2000 S.L., era del grupo familiar del acusado Pérez Escolar, afirmación que también se repite en la página 97 de la Sentencia, al referirse al resto de las sociedades que ahora aparecen como recurrentes.

Los documentos presentados pueden servir para acreditar que el acusado no constaba como socio o administrador formal de las sociedades, pero no tiene entidad suficiente para demostrar, de forma irrefutable, que no tuviese el dominio de las mismas y que no las utilizase para canalizar los beneficios obtenidos de las operaciones que se le

imputan. No tendría ninguna justificación el adjudicar a dichas Sociedades los beneficios declarados, si en realidad no perteneciesen a Pérez Escolar.

Para cerrar este grupo de alegaciones, nos remitimos al encabezamiento en el que hacíamos referencia a la necesidad de averiguar la verdadera realidad o sustrato de las sociedades y la inobjetable aplicación de la teoría del levantamiento del velo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

VII. RECURSOS DE LAS SOCIEDADES QUE ALEGAN SER TITULARES DE BIENES SOBRE LOS QUE SE HA ORDENADO EL COMISO.

A) CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DEL COMISO.

El Código de 1.973 incluía el comiso en el Título de las Penas y dentro de Sección 3ª, que se refería a las penas que llevan consigo otras accesorias. El artículo 48 establecía como consecuencia obligada de la pena, el comiso tanto de los efectos que provinieren del delito, como de los instrumentos con que se hubieren ejecutado, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito.

Como puede observarse, el afectado directamente por el comiso era el condenado y por tanto, con su presencia en el proceso y con la petición expresa de que se llevase a efecto esta consecuencia accesoria de la pena, se cubrían todos los presupuestos y garantías procesales.

El Código Penal de 1.995, que según la mayoría de la doctrina se inspira en el Código Alemán, dedica el título VI de su libro I (art. 127 a 129), a las que denomina consecuencias accesorias, sin hacer mayores precisiones, si bien parece que trata de distinguirlas de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil ex delicto. Esta postura legal ha originado un debate doctrinal importante, en torno a su verdadero carácter,

manteniéndose diversas posturas y no faltando quienes sostienen que tiene una naturaleza análoga a las medidas de seguridad, o bien un carácter administrativo.

Ahora bien, cualquiera que sea la postura que se adopte, y según la redacción actual del art. 127 es necesario que el juzgador se pronuncie sobre la procedencia o no del comiso. Sólo se debe descartar la medida si se acredita la pertenencia de las cosas a terceros de buena fe, lo cual constituye un elemento del debate procesal que necesariamente debe ser objeto, primero de alegación y después de prueba.

El artículo 128 establece una diferencia sustancial, en relación con la regulación del Código derogado, ya que concede al juzgador la posibilidad de que, valorando las circunstancias del caso y en función del principio de proporcionalidad, pondere la naturaleza o gravedad de la infracción penal, pudiendo, en atención a estas circunstancias, no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, alternativa de la que no se disponía en el Código anterior.

Cuando, como sucede en el caso presente, la decisión de comiso se toma ante la necesidad de evitar que los condenados, se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita, la decisión se pudiera enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, que de la responsabilidad penal. En todo caso es necesario una condena previa que lleve aparejada la imposición de una pena, por lo que la inexistencia de ésta, por ejemplo en los casos de prescripción, haría inviable el comiso. En los supuestos en que concurra alguna causa de imposibilidad de ejecución de la pena, por ausencia o muerte sobrevenida del reo, no existen en cambio obstáculos para decretar el comiso, ya que la pena formalmente se mantiene.

Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 23 de Noviembre de 2000, por tanto posterior a la vigencia del nuevo Código Penal, que para ordenar el comiso es necesario, como sucede en el caso presente, determinar el origen

del dinero con el que se han adquirido los bienes cuya expropiación se ordena, revelando con ellos su procedencia ilícita. En otra sentencia posterior de 6 de Marzo de 2001, se exige que su planteamiento y debate se haga en el juicio oral, por medio de petición expresa hecha al respecto por alguna de las partes acusadoras en sus escritos de calificación, para que el acusado pueda defenderse también de esta cuestión. En una sentencia anterior de 20 de Enero de 1.997, se contempla la posibilidad de que la persona que dice ser titular del bien decomisado y que no haya intervenido como parte en el proceso, se le conceda la opción de ejercitar los recursos pertinentes, como ha sucedido en el caso presente, con objeto de darle oportunidad de ser escuchada.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir, en relación con el presente caso, que nos hallamos ante reclamaciones presentadas por sociedades que dicen ser titulares de los bienes decomisados, lo que permite aplicar también la teoría del levantamiento del velo a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprenda claramente, que la titularidad de las fincas es un mero decorado que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes. En todo caso y estando vinculada la decisión del comiso a la conducta de los condenados, no existe inconveniente para que estas sociedades, que ya han tenido posibilidad material de exponer sus puntos de vista en el proceso, a través de sus verdaderos protagonistas, puedan reproducir sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, alegando la titularidad de los bienes decomisados, de conformidad con lo establecido en el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con carácter general y como respuesta a todas las cuestiones que se plantean a continuación, conviene recordar que la institución del comiso, tiene un gran arraigo en todos los sistemas jurídicos. De los instrumentos internacionales, el más importante es el Convenio Europeo 141, relativo al blanqueo, investigación, incautación y decomiso de productos del delito, de 8 de Noviembre de 1.990. España si bien lo firmó el 8 de Noviembre de 1.990, no lo ratificó hasta el año 1.998 y no entró en vigor hasta el 1 de Diciembre del mencionado año. En el citado convenio, se admitían reservas para limitarlo

de manera específica y exclusiva al tráfico de drogas, pero España no ha hecho uso de esta facultad, por lo que se extiende a toda clase de delitos.

En el preámbulo de dicho Convenio se dice que los Estados Miembros del Consejo de Europa, convencidos de la necesidad de una política penal común para proteger a la sociedad en los casos de criminalidad grave, estiman necesario implantar métodos modernos y eficaces para privar al delincuente de los productos de su delito.

En el artículo 1º se define la confiscación (comiso), como una pena o una medida, ordenada por un Tribunal como consecuencia de un proceso seguido por una infracción penal y que supone la privación permanente de un bien. En el artículo 2, se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas y otras que resulten necesarias, para permitirles confiscar los instrumentos y los productos del delito.

Así como las previsiones de carácter sustantivo, aparecen homogéneamente recogidas en la mayor parte de los textos legales, las normas procesales carecen de uniformidad, por lo que deben aplicarse las que están vigentes en cada uno de los países. Ajustándonos a nuestro sistema y valorando en su integridad las disposiciones de carácter constitucional y de legalidad ordinaria, podemos afirmar que no existe indefensión, en los casos en que no hay citación formal de una sociedad al proceso, cuando nos encontramos ante una persona jurídica o mera razón social, cuya única razón de existir es la de encubrir la verdadera titularidad de los bienes.

Si de la instrucción de la causa, como sucede en el caso presente, se evidencia que los efectos procedentes del delito han sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar, al mismo tiempo, que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular. La condición de testaferro no puede generar ningún derecho legítimo, que el ordenamiento deba reconocer como tal.

Por otro lado y en relación con las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del art. 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, además, han tenido la posibilidad de acceder al Recurso de Casación y de reproducir, como podrá verse más adelante, los argumentos que ya fueron esgrimidos y suficientemente debatidos en la anterior instancia.

En este contexto y para terminar, podríamos mencionar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera e Internacional, del que España forma parte y que está constituido en el seno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y que recomienda a los países, adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso ilícito y abusivo de sociedades manifiestamente ficticias, que no pueden ostentar ningún derecho ni pueden alegar que actúan de buena fe.

B) RECURSO DE LA ENTIDAD MERCANTIL LONGANOR S.A. Tomo III, folios 1.337 a 1.354.

? Responsable Civil se acuerda el comiso de una finca de su titularidad.

PRIMERO.- Al amparo del art. 850.2º de la Lecrim., por violación del art. 24.1 de la Constitución por haber sido objeto efectivo de condena por indefensión total sin haber sido citada ni emplazada de forma alguna en el proceso.

1.- Sostiene que la entidad recurrente tiene personalidad distinta de los condenados y declarados responsables en el proceso y su principal bien es el decomisado en el fallo de la sentencia. Señala que no ha tenido parte alguna en el procedimiento, no habiendo sido emplazada de forma directa ni indirecta, no ha participado en la discusión procesal y no ha tenido oportunidad alguna de ejercitar sus derechos de contradicción, prueba y defensa, con infracción patente y manifiesta del art. 24.1 de la Constitución, produciéndosele una completa indefensión material y formal.

Advierte que no puede alegarse ninguna negligencia por parte de la entidad recurrente, pues aunque tuviera un genérico conocimiento de la existencia del proceso penal en curso, como los demás ciudadanos, desconocía por completo que existiera esta pretensión y que pudiera dictarse tal fallo. La indefensión es total y la sentencia, en la parte que declara el comiso de la finca propiedad de la entidad recurrente, debe sin duda ser casada y anulada.

2.- Ya hemos aludido, en el apartado previo a las cuestiones relacionadas con el comiso, que la institución presenta unas características que la diferencian radicalmente de la responsabilidad civil. Lo verdaderamente sustancial en este caso no es el quebrantamiento de forma del art. 850.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal derivado de la omisión de la citación del procesado, del responsable civil subsidiario, de la parte acusadora o del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, ya que lo verdaderamente sustancial que se aborda en este proceso, es la posible indefensión que pudiera derivarse de su falta de personación y actuación a lo largo de la fase de investigación y en el momento del juicio oral.

Es evidente que la entidad recurrente cuyos bienes se decomisan, no podía ser considerada ni como responsable civil ni como partícipe a título lucrativo, ya que ninguna de las acusaciones le adjudicó esta condición.

La sentencia recurrida ha considerado que las fincas de las que dice es titular la Sociedad Longanor S.A., eran el producto directo de una acción ilícita cometida por uno de los acusados que había utilizado los beneficios ilícitamente adquiridos, a través de un delito de apropiación indebida, para adquirir los bienes que posteriormente son decomisados.

Nos encontramos, por tanto, ante ganancias provenientes directamente del delito y que se tratan de encubrir o disimular bajo la apariencia formal de una sociedad que no es más que una pantalla o cobertura, utilizada para tratar de eludir las consecuencias derivadas de su procedencia ilícita.

La sentencia declara probado, con arreglo a la abundante prueba practicada, que la Sociedad Longanor S.A pertenecía a Arturo Romaní, que la dominaba y la manejaba a través de su secretaria Elena García Maquedano que figuraba como Administradora única, teniendo el domicilio social en la C/ Conde de Aranda nº 14, donde tenía su oficina el acusado Romaní.

3.- La sentencia, ajustándose a la realidad probatoria y levantando el velo puramente formal que pretendía enmascarar la verdadera situación, utilizando como pantalla a la Sociedad Longanor, declara que el acusado adquirió, con dinero procedente del delito de apropiación indebida cometido con ocasión de la Operación Cementeras, un complejo de fincas en unión de otro de los acusados. El órgano juzgador no alberga la más mínima duda sobre el hecho de que se adquirieron a sabiendas de la ilícita procedencia del dinero pagado, se agruparon y posteriormente se dividieron, adjudicándose a Longanor la finca rústica, Hacienda de los Melonares Altos con 1.247 Has, a la que se asignó un valor de 301.380.365 pesetas.

Con ello queda acreditado que la intervención de Longanor, se realiza con posterioridad a la materialización de los hechos que constituyen la base del comiso, ya que tanto en su redacción del Código de 1.973 (art. 48), se trataba incuestionablemente de efectos que provenían de un hecho delictivo y según la concepción del comiso con arreglo al nuevo Código Penal constituye una consecuencia accesoria, y que lleva aparejada la pérdida de los efectos procedentes del delito así como las ganancias delictivas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. La única excepción para el comiso surge de la existencia de un tercero de buena fe no responsable del delito, que haya adquirido legalmente los bienes. En el caso presente está acreditado que este tercero de buena fe no existe, ya que la identidad entre el acusado Romaní y Longanor es plena e indiscutible.

4.- En atención a todo lo expuesto resulta claro que la entidad Longanor no tenía por qué haber sido llamada al proceso, ya que el acusado Arturo Romaní era el único y verdadero titular de la misma y desde el momento en que se formuló acusación y se solicitó

el comiso, tuvo oportunidad no solamente de defender su postura respecto del hecho delictivo, sino de demostrar de forma convincente y sin lugar a dudas que Longanor S.A era un tercero de buena fe, cuestión imposible ya que Longanor era el propio Arturo Romaní. El artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya citado, deja abierta la posibilidad de una tercería de dominio o mejor derecho, pero conviene recordar que los elementos probatorios serían los mismos que se han utilizado en el presente proceso.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por incongruencia procesal, por ultrapetita, con violación del art. 120 y 24.1 y 2 de la Constitución Española, ya que, como consecuencia de lo anterior, la relación del patrimonio de la entidad recurrente y de ella misma con los hechos objeto del procedimiento, no han podido ser objeto de debate procesal.

1.- Cita la doctrina del Tribunal Constitucional que, en su opinión, exige según el art. 120 de la Constitución, que todo fallo sea congruente con el debate procesal.

Pone de relieve que del examen de las actuaciones se desprende que, la petición de comiso de la finca propiedad de la entidad recurrente, no fue formulada más que al fin del juicio, en las conclusiones del Ministerio Fiscal, por lo que no fue objeto de debate en el curso del procedimiento ni la cuestión de comiso pudo ser objeto de contradicción procesal alguna, ni de prueba.

2.- Reiteramos todo lo alegado en el motivo anterior respecto del debate suscitado a lo largo del juicio oral, en relación con la verdadera titularidad y dominio de la empresa Longanor, y nos remitimos también a lo contestado al recurso de Arturo Romaní, al plantear idénticas cuestiones, añadiendo que todas las vicisitudes registrales y negociales de dicha entidad así como la ampliación del capital de Inversiones Rondonópolis S.L, por un total desembolsado de 171.000.000 de pesetas, refuerza la tesis de que la sociedad era propiedad de Arturo Romaní, que en 1.994 transmite formalmente su participación a sus hijos.

En relación con el punto concreto que plantea este motivo, debemos señalar que el fallo responde a una petición de comiso realizada por el Ministerio Fiscal y otras acusaciones entre las que figura el Fondo de Garantía de Depósito y que el pronunciamiento condenatorio es una consecuencia lógica de las afirmaciones fácticas, inamovibles, que se contienen en la causa y que conectan, de una manera incuestionable, la adquisición de las fincas decomisadas con el dinero procedente de los hechos delictivos por los que son condenados. Este punto concreto del origen de los fondos que constituyen el precio de la adquisición, fue uno de los temas principalmente debatidos en el juicio y la persona que ostentaba la administración formal de Longanor declaró ampliamente sobre estos extremos, respondiendo a las preguntas de las acusaciones y de la defensa.

3.- La conexión, por tanto, entre la condena y el comiso aparece sólidamente justificada no sólo en función de los hechos sino también como consecuencia lógica del debate procesal y de las pruebas practicadas. El hecho de que la sentencia recurrida haya impuesto esta consecuencia de la pena, no ha impedido la admisión de los correspondientes recursos y deja abierta la posibilidad de una reclamación de tercería por la vía civil correspondiente, con la participación del Ministerio Fiscal y las partes afectadas.

También conviene señalar que el condenado Arturo Romaní conocía todas las circunstancias relativas a la conexión de los bienes con el dinero ilícitamente adquirido y tuvo la posibilidad, como realizó con éxito en el caso de las Operaciones Telson y Veblinsa, de suscitar este punto en el trámite de cuestiones previas. Asimismo declaró ampliamente sobre los hechos que estamos examinando.

Como es doctrina arraigada, que se recuerda en el auto de la Sala sentenciadora de 9 de Marzo de 1.998 y que se mantiene inamovible a lo largo de numerosas resoluciones la jurisdicción penal, se puede entrar en el análisis de las relaciones civiles subyacentes en el proceso y declarar su nulidad o poner de relieve la simulación y apariencias de las relaciones jurídicas que pretenden presentarse como reales e impeditivas de determinadas resoluciones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

C) RECURSO DE INVERSIONES LUCENSES S.L. Tomo III. Folios 1.066 a 1.101. Se ordena el comiso de una finca y alega que no ha sido parte en el proceso.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 127 del Código penal en cuanto que decomisa una finca propiedad de un tercero, a quien no se atribuye por la sentencia su adquisición con mala fe.

1.- Si bien admite que Inversiones Lucenses fue constituida fundamentalmente por Fernando Garro y que las otras tres personas que accedieron a figurar como accionistas, seguían instrucciones del mismo, acerca de la administración y funcionamiento de la sociedad, lo cierto es que de lo anterior no se deduce que la titular de la finca, que sufre las consecuencias del comiso, la ha adquirido con las ganancias provenientes del delito. Mantiene que, en ningún momento, se declara expresamente que la parte recurrente, haya procedido a la compra de la finca, a sabiendas de que utilizaba ganancias provenientes de un delito.

2.- El hecho probado, desmiente tajantemente las pretensiones de la entidad recurrente. Se afirma, en relación con las ilícitas actividades que se describen en el apartado relativo a los locales comerciales, que se generó una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por Fernando Garro en la forma que a continuación se describe. Haciendo un minucioso seguimiento de los cheques utilizados para disponer del dinero, se afirma que en algunos de estos cheques fueron entregados como parte del precio de las dos fincas de la Urbanización Parque De's Cubells, una de las cuales se vende el 23 de Marzo de 1.993 a Inversiones Lucenses, representada por Jose Luis García Trabanco, siguiendo también instrucciones de Fernando Garro. Por si quedaba alguna duda sobre la apariencia formal de la sociedad recurrente, el siguiente párrafo declara que las personas que la constituyeron accedieron a figurar como accionistas de la sociedad a petición de Fernando Garro para quien habían trabajado en el Banco Español de Crédito. De manera definitiva, la sentencia

declara que “no obstante, las instrucciones acerca de la administración y funcionamiento de la sociedad eran dadas por el acusado”, y más adelante se dice que a pesar de la participación en su capital, de una sociedad extranjera, siempre continuó bajo el dominio del acusado Fernando Garro.

3.- Es cierto que en la sentencia no se contiene una declaración o manifestación expresa sobre la existencia de la mala fe de la adquisición, pero creemos que se trata de un juicio de valor que no solamente puede ser suplido en esta instancia, sino que se desprende de una manera clara y abrumadora del contenido del relato de hechos al que acabamos de hacer referencia. El titular efectivo y real de la sociedad no solamente conocía todas las actividades ilícitas que generaron el dinero, sino que además, tomó la decisión, porque a él sólo correspondía por su dominio total de la actividad social, de destinar el dinero al pago parcial de la finca, por lo que su comiso está perfectamente ajustado a la ley, según ya hemos expuesto en apartados anteriores.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim, en su relación con el principio constitucional de proporcionalidad por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 127 del Código Penal, en cuanto que se condena al comiso de la finca sin estar probado que provenga de las ganancias derivadas del delito.

1.- Sostiene que de acuerdo con el hecho probado, Inversiones Lucenses S.L, no es tercero adquirente de mala fe de la finca decomisada y no se dice que la finca sea el producto de las ganancias provenientes del delito. Admite que la sentencia declara probado, que Fernando Garro entregó al administrador de la sociedad Parque De's Cubells, dos cheques librados contra una cuenta del Banco del Progreso para el pago de unas obras y proyectos, que se habían realizado en las fincas mencionadas en De's Cubells en Ibiza. En su opinión, resulta extraño que un dinero entregado en 1.990 a dicha sociedad, pueda imputarse al precio por el cual se compra una finca en el año 1.993.

2.- En todo lo relativo al origen del dinero y a la mala fe en la adquisición nos remitimos, con objeto de evitar repeticiones innecesarias a lo expuesto en el motivo anterior.

En relación con el principio de proporcionalidad, que se cita en el enunciado del motivo debemos consignar que el art. 128 del Código Penal, en el que se hace referencia a esta posibilidad de graduar el comiso, no ha sido invocado por la parte recurrente. No obstante debemos señalar que nos encontramos ante un delito grave y que el comiso guarda proporción entre el valor del bien y la naturaleza o gravedad del delito.

Es cierto, como pone de relieve la impugnación del Fondo de Garantía de Depósitos, que en el hecho probado se reconoce y así lo hemos transcrito en el motivo anterior, que los cheques entregados lo fueron sólo para pagar una parte del precio, pero ello no afecta al principio de proporcionalidad.

Si tenemos en cuenta, como se ha dicho con anterioridad, que la institución del comiso pudiera tener alguna relación, aunque no identidad de naturaleza, con la responsabilidad civil derivada del delito, no existiría obstáculo para que procediendo de conformidad con lo dispuesto en el art. 127 y acordando la venta en pública subasta del bien decomisado por proceder del delito, la parte obtenida, en lo que exceda de la extensión del comiso, pueda ser dedicado al pago de las responsabilidades civiles del delito, ya que no hay que olvidar que el acusado está declarado insolvente parcial en la pieza de responsabilidad civil correspondiente.

El argumento en el que apunta un posible agravio comparativo, en relación con la decisión de la Sala sobre la finca “Los Carrizos”, no puede ser compartido ya que la Sentencia recurrida ha declarado que en este caso, no se ha podido demostrar que el precio proviniese de los beneficios derivados del delito.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que la oscuridad de la fundamentación fáctica de la sentencia la hace irrazonable.

1.- Admitiendo dialécticamente que cupiera imponer la pena de comiso de la finca, por darse las circunstancias y requisitos establecidos en el art. 127 del Código Penal, lo cierto sería entonces que la sentencia aparece como irrazonada, ya que ni en el relato de hechos probados, ni en la fundamentación jurídica, se justifica la pena de comiso.

Señala que no se sabe qué cantidades fueron destinadas para la compra de la finca decomisada, qué cantidades fueron igualmente destinadas al pago de proyectos, ni qué proyectos eran éstos y también se desconoce, qué cantidades se destinaron al pago de obras realizadas sobre las fincas tantas veces citadas, ni por supuesto el contenido de las mencionadas obras.

2.- Ciñéndonos exclusivamente al aspecto constitucional que esgrime la parte recurrente y sin entrar en la valoración de la posible existencia de un quebrantamiento de forma, debemos recordar todo lo anteriormente expuesto en relación con el contenido de la sentencia recurrida. No puede negarse que en ella se contienen, de una manera precisa y detallada, todos los elementos necesarios para construir la existencia del hecho delictivo, determinar el origen ilícito del dinero y conectar éste con la adquisición de las fincas como pago parcial de las mismas. Todo ello sin necesidad de más razonamientos justifica, con arreglo a las estrictas previsiones legales, la adecuación del comiso y la claridad de los hechos en los que se fundamenta.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 840.1º de la Lecrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que no motivó por qué la entidad recurrente debe sufrir la pena de comiso.

1.- La sentencia dice que Fernando Garro utilizó parte del dinero (ganancia del delito) en constituir una sociedad llamada Inversiones Lucenses S.L, utilizando formalmente

a terceros y que también utilizó parte de aquél dinero, en comprar dos fincas en Ibiza, una de las cuales es de Inversiones Lucenses S.L.

También se sabe, porque así lo dice la sentencia en la página 114, que una sociedad extranjera llamada My frist Coop, tomó una participación mayoritaria en Inversiones Lucenses, antes de que esta sociedad comprara la finca de Ibiza.

Estima que hay una absoluta oscuridad y falta de detalles y de precisiones para fundamentar una pena tan importante como el comiso, que implica la expropiación de un bien del patrimonio de la entidad recurrente.

2.- La parte recurrente vuelve a insistir en cuestiones, que ya han sido abordadas, por lo que nos remitimos a lo anteriormente expuesto para rechazar sus pretensiones.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

MOTIVO UNICO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida incurre en una evidente falta de claridad en los hechos probados.

1.- Señala que la sala se refiere a 4 talones, por cantidades no importantes de pesetas, que Fernando Garro entregó al administrador de la Sociedad Parque De's Cubells, para la adquisición de las fincas y para el pago de proyectos y de obras realizadas en las mismas. En su opinión basta con leer, lo que la Sala dice en la sentencia, para llegar a la conclusión de que los juzgadores estiman que las dos fincas son una única cosa y que las dos sociedades parecen también una misma cosa, de forma que no se determina en la sentencia, qué dineros fueron a parar a la compra de cada una de las fincas y cuales al pago de la obra y de los proyectos.

En el relato de hechos, se sabe cual fue el capital aportado por Fernando Garro para la constitución de la sociedad, cual es el paquete mayoritario que adquirió My Frist Coop y, en qué medida y con tales recursos, pudo Inversiones Lucenses S.L adquirir la finca de Ibiza, todo ello sin perder de vista que para colmo de imprecisiones, a la postre parece ser que Fernando Garro paga el precio de la compraventa en 1.990 mediante entrega de talones a la sociedad Parque De's Cubells, no obstante tratarse de una compraventa realizada por la entidad recurrente en al año 1.993.

2.- La cuestión también ha sido abordada y ya hemos hecho referencia al contenido de la sentencia en las páginas 113 y 114 y a las afirmaciones que en ella se hacen.

De su lectura no se desprende la existencia de oscuridades o insuficiencias, ya que en todo momento se delimita con claridad y precisión, en primer lugar la existencia de dos fincas, y en segundo lugar, cuáles fueron los adquirentes de las mismas. Así se dice que el 12 de Abril de 1.991, se vendió una de estas fincas a la sociedad S'es Vents Ltd, representada por cuenta de Fernando Garro por Mohamed Kreaa Kalled el que, como ya se ha dicho, el 23 de Marzo de 1.993 vendió la otra finca a la sociedad Inversiones Lucenses S.L representada por Jose Luis García Trabanco, siguiendo también instrucciones de Fernando Garro.

Ha quedado por tanto perfectamente determinada, la forma en que se realizó la adquisición, si bien es cierto que no existe una matemática precisión, porque no ha sido posible la práctica de pruebas en torno a la determinación de las cantidades totales destinadas a la compra de las fincas, pero ello no es obstáculo para entender claramente que, parte del precio, procedía del dinero obtenido con actividades ilícitas por las que el verdadero adquirente de los bienes ha sido condenado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

PRIMER MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES por entender que la resolución recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en cuanto que regula el derecho de acceder al proceso penal.

1.- Estima que no es admisible, desde el punto de vista de la producción del derecho de defensa, que sabiéndose, desde el principio de la Instrucción, los datos registrales de la finca objeto de comiso y siendo el titular de dicha finca Inversiones Lucenses S.L, no se le haya citado ni en la instrucción ni en el juicio, máxime cuando después es condenada con la expropiación de la finca.

2.- Ya hemos aludido a la necesidad de distinguir entre la apariencia formal que se desprende de la existencia de una entidad societaria y la realidad subyacente en torno al verdadero dominio y capacidad de decisión de la misma, por lo que nos remitimos a todo lo que ha quedado desarrollado en relación con la naturaleza del comiso y con la doctrina del levantamiento del velo.

El comiso de las fincas fue solicitado por el Ministerio Fiscal y las Acusaciones partiendo del hecho, que se ha demostrado cierto y verdadero a través de las pruebas, de que las fincas pertenecían al acusado Fernando Garro y que fueron adquiridas con parte del producto del delito por el que fue condenado.

Esta realidad incontestable, hace ficticia e innecesaria la presencia de la entidad societaria, cuya fachada y apariencia ha sido desmontada por la sentencia en virtud de una prueba practicada, por lo que no se puede decir que ha existido indefensión sobre este punto.

La parte recurrente, puede sostener que no se personó en el proceso, pero no ha podido demostrar que sea la titular verdadera de los bienes decomisados. De todo lo actuado resulta evidente que conoció, a través de la persona que se enmascaraba bajo la apariencia formal societaria, que las fincas habían sido objeto de petición expresa de comiso, por lo que no existía inconveniente material alguno para que, si estimaba que las tesis sobre la identidad del acusado y la sociedad, sostenidas por las acusaciones, no eran ciertas, esgrimiese formalmente sus pretensiones. Insistimos en que se hubiera tratado de una

postura meramente formal, ya que la realidad del debate sobre la titularidad de las fincas, que pasaba por contrastar los documentos formales de constitución y registro, con la realidad desentrañada por los elementos probatorios existentes en la causa, era el único punto de contraste que podía darse, y que efectivamente se dio, por lo que materialmente no puede alegar indefensión.

Posteriormente se le ha tenido como parte y se le ha permitido plantear el presente recurso de casación.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES al amparo del art. 849.1 de la Lecrim, por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en relación con el art. 118 de la Lecrim, en cuanto que regula el derecho de audiencia o de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

1.- Sostiene que el comiso, no es ni puede ser objeto de una genérica petición de pena accesoria, sino que es necesariamente una pena controvertible en el juicio, lo que significa que tiene que someterse a debate y por tanto que, aquellos sujetos que deben soportar la pena de comiso, deben participar en el mismo con todos los derechos inherentes a su defensa.

2.- En primer lugar ya hemos apuntado los problemas que plantea la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del comiso, pero, en todo caso, conviene recordar que la petición se realiza respecto del autor de un hecho delictivo que en este caso era el acusado Fernando Garro, por lo que de ninguna manera la entidad ahora recurrente podría ser considerada como imputada de un hecho punible, por lo que la invocación del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta inadecuada.

La verdadera realidad procesal, que ha respetado íntegramente todos los derechos de defensa, es la que se desprende de la imputación realizada contra el acusado Fernando Garro y la consecuencia accesoria, según el artículo 48 del Código Penal de 1.973

que se derivaría de la imposición de una pena al imputado, por lo que era suficiente con escuchar al mismo y proporcionarle todas las posibilidades de defensa y de prueba, que ha ejercitado, para tratar de acreditar que las fincas no eran realmente de su propiedad.

En todo caso queda abierta la posibilidad de que se haga valer el aparente derecho que resulta de estas actuaciones en la vía procesal correspondiente a la que ya hemos reiteradamente aludido.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

**D) RECURSO DE LA ENTIDAD INVERSIONES CAJATAMBO S.L. Tomo III.
Folios 1.108 a 1.149.**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 127 del Código Penal en cuanto que decomisa una finca propiedad de un tercero a quien no se atribuye por la sentencia su adquisición de mala fe.

1.- Sostiene que desde el año 1.993, la finca a la que se refiere el comiso (la adquirida por la entidad S'es Vents Ltd) no es propiedad de la entidad que cita la sentencia, pues fue vendida a una sociedad Portuguesa llamada Soviges-Sociedades de Gestao e Investimentos L.D.A quien a su vez, en el acto de constitución de Inversiones Cajatambo S.L (acto que también es anterior a la iniciación del proceso), la aportó como pago de la suscripción de acciones que hacía. Señala que es indiferente que la sentencia no se refiera a Inversiones Cajatambo de forma expresa, puesto que lo hace de forma implícita, en cuanto que el titular registrado de la finca decomisada, resulta de dicha inscripción y es Inversiones Cajatambo S.L. No se dice, por tanto, que le pertenece la finca como resultado de las ganancias provenientes de un delito o que sea un tercero adquirente de mala fe.

Por último, dice que no puede olvidarse que la finca está inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Ibiza, en el tomo y libro que dice la sentencia en el año 1.993, antes de que se inicie este procedimiento por querrela del Ministerio Fiscal.

2.- En este caso, a diferencia de los anteriores, resulta patente que la entidad Inversiones Cajatambo S.L no aparece mencionada en ningún apartado de la sentencia. Esta sociedad, una vez dictada la resolución compareció y presentó recurso de casación alegando ser la propietaria de uno de los dos inmuebles del parque D'es Cubells, afirmando que constituye la aportación no dineraria y única realizada por la sociedad portuguesa Soviges-Sociedad de Gestao e Investimentos L.D.A, al acto de fundación de la sociedad Inversiones Cajatambo, habiendo adquirido la finca la mencionada sociedad portuguesa.

En el caso presente se nos presenta una opción procesal distinta de las anteriores. La inmodificabilidad del hecho probado, al que ya hemos hecho referencia con anterioridad, nos asegura firmemente frente a cualquier otra alegación, cual fue la distribución de las fincas y que en ambos casos se actuaba por cuenta y siguiendo las instrucciones de Fernando Garro. Precisamente este acusado, si conocía que una de las fincas pertenecía a la Sociedad Cajatambo, a través del mecanismo que se describe en el hecho probado, debió ponerlo en conocimiento del Juez Instructor o posteriormente de la Sala. En todo caso nos encontramos ante una situación idéntica a las anteriores, ya que la apariencia formal de las operaciones se mantiene en las mismas condiciones que en los supuestos anteriores, por lo que el comiso está perfectamente justificado.

Difícilmente se le podría adjudicar la condición de parte a una entidad que debido a la mala fe procesal del acusado Fernando Garro, no apareció nunca en el proceso y que ocupa una posición formal de titularidad, que puede defender en el proceso civil correspondiente pero que, en nuestra opinión y sin que ello sirva para prejuzgar el fallo, nos encontramos ante una nueva apariencia de titularidad que entra en contradicción con los hechos probados.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO.- Por infracción de ley del art. 849.1º de la Lecrim., en relación con el principio constitucional de la proporcionalidad por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 127 del Código Penal, en cuanto que se condena al comiso de la finca sin estar probado que provenga de las ganancias derivadas del delito.

1.- Parte del supuesto de que inversiones Cajatambo S.L, e incluso la entidad de la que trae causa, la Sociedad Soviges, no son terceros adquirentes de mala fe de la finca decomisada. Mantiene la misma tesis de que se adquirieron dos fincas, una de ellas vendida a la Sociedad S'es Vents Ltd y otra a Parque D'es Cubells. Admite dialécticamente que, aunque la entidad recurrente fuese un adquirente de mala fe, aún en este caso, no estaría probado que la finca decomisada fuera resultado de las ganancias provenientes del delito, y de serlo lo sería en ínfima proporción.

2.- La cuestión es idéntica a la suscitada por la anterior entidad recurrente, por lo que nos remitimos a lo expuesto para contestar a los planteamientos que ahora se nos hace.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la CE ya que no motiva por qué la entidad recurrente debe sufrir la pena de comiso.

1.- Estima que la sentencia no está suficientemente motivada, por lo que se ha infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues en ninguna parte de la misma existe argumentación, razonamiento o motivación alguna, que determine las causas por las que la entidad recurrente, debe sufrir la pena de comiso, que supone obviamente la expropiación de la finca.

2.- Los razonamientos para contestar a la misma objeción realizada por la entidad Inversiones Lucenses S.L, deben ser repetidas en el presente caso. Difícilmente se podía dar ninguna contestación específica respecto de Inversiones Cajatambo S.L, ya que su existencia no aparecía en el proceso y, por el contrario, existen datos que permiten sostener,

que se trataba de una cobertura formal más, de las varias que se han utilizado por el acusado que resultó condenado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 84. Por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que la oscuridad de la fundamentación fáctica de la sentencia la hace irrazonada.

1.- Este motivo es complementario al anterior y se formula de forma separada.

2.- Como ya se ha dicho la sentencia la estimamos suficientemente motivada a través de sus afirmaciones fácticas y las valoraciones probatorias realizadas. Una vez más hemos de repetir que la omisión de referencias a Cajatambo S.L vienen determinadas por todo lo que ya venimos exponiendo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la Lecrim., por entender que la sentencia recurrida incurre en una evidente falta de claridad en los hechos probados.

1.- Señala que los hechos que se relatan en la sentencia, se refieren a cuatro talones por cantidades no importantes de pesetas, que Fernando Garro entregó al administrador de la urbanización denominada Parque D'es Cubells, para la adquisición de dos fincas y para el pago de proyectos y de obras realizadas en las dos fincas.

En su opinión resulta evidente, que las fincas pertenecen a distintos propietarios y por mucho que la Sala intente hacer de todo una unidad, parece incontestable que estamos a presencia de un supuesto de falta de claridad en los hechos probados.

2.- Otra vez nos remitimos al contestar a idéntico planteamiento de la otra entidad recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

PRIMER MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por entender que la resolución recurrida infringe el art. 24 de la Constitución, en cuanto que regula el derecho de acceder al proceso penal.

1.- Considera evidente que Inversiones Cajatambo S.L, es sujeto pasivo de este procedimiento, desde el momento en que se solicitó por el Ministerio Fiscal, el comiso de la finca sita en Ibiza propiedad de S'es Vents Ltd, sin que la entidad recurrente haya sido citada, ni en la instrucción ni en el juicio, por lo que se le ha causado la más absoluta indefensión.

2.- La situación denunciada es idéntica a la suscitada por Inversiones Lucenses S.L, si bien en el caso presente hay que añadir que Cajatambo S.L en ningún momento fue mencionada ni citada, por aquellas personas que, según se desprende de sus alegaciones y de los hechos probados, decían que era titular de una de las fincas, cuyo comiso había solicitado el Ministerio Fiscal.

La posición flexible de la Sala sentenciadora y de esta Sala al admitir su personación en el trámite de casación, le ha dado oportunidad de hacer las alegaciones que ha estimado pertinentes, pero consideramos que ninguna de ellas sirve para desmontar la realidad inmovible de los hechos que se declaran probados.

En todo caso, podrá acudir a la vía correspondiente para sustanciar sus derechos.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

SEGUNDO MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 24 de la Constitución, en relación con el art. 118 de la Lecrim, en cuanto que regula el derecho de audiencia o el de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

1.- Considera incontestable que no se notificó a la entidad recurrente, la existencia del proceso penal, en el que se estaba dilucidando una pretensión, como el comiso de una finca de su propiedad, por lo que no ha podido defenderse en juicio.

2.- Damos por reproducidas las alegaciones anteriormente vertidas sobre este mismo extremo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de preceptos constitucionales, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados, Mario Conde Conde, Arturo Romaní Biescas, Fernando Garro Carballo y Rafael Pérez Escolar, así como de las Sociedades declaradas Responsables Civiles Subsidiarias Data Transmissions System S.A, Montilsa, Cifuentes 2000 S.L., Las jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A., y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., y de las sociedades Longanor S.A, Inversiones Lucenses S.L e Inversiones Cajatambo S.L, y también de los recursos formalizados en representación de las acusaciones particulares encarnadas en Francisco Cardín González, María Josefa Cardín González, María Covadonga Mata Cartín, Amalia Cubillo de Carlos, Eduardo Pérez Rubio, Concepción Insa Fuster y Manuel Rabadán, María Victoria de la Muela Mialdea, Patrick Henryr Maunder, y Asociación para la Defensa del Accionista, Creaciones Berbegal S.A y una serie de accionistas, contra la sentencia dictada el día 31 de Marzo de 2000 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia

Nacional, seguida contra los mismos y otros, por varios hechos delictivos. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos por el Ministerio Fiscal y por las representaciones procesales de las Acusaciones Populares encarnadas por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, La Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores, y por las Acusaciones Particulares encarnadas por el Fondo de Garantías de Depósitos en establecimientos Bancarios, y el Banco Español de Crédito S.A, casando y anulando parcialmente la sentencia dictada el día 31 de Marzo de 2000 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Declaramos de oficio las costas correspondientes a estos recurrentes.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA N°: /2002

RECURSO DE CASACIÓN 2038/2000

Ponente Excmo. Sr. D. : José Antonio Martín Pallín

Fallo: 06/05/2002

Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: /2002

Excmos. Sres.:

D. Luis-Román Puerta Luis
D. José Antonio Martín Pallín
D. Juan Saavedra Ruiz
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 29 de Julio de 2002.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 3, sumario número 234/94, contra los **procesados MARIO CONDE CONDE, ARTURO ROMANI BIESCAS, FERNANDO GARRO GARBALLO, RAFAEL PEREZ ESCOLAR** y todos ellos en situación de libertad provisional, y una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Nacional**, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 31 de Marzo de 2000, que ha sido **casada y anulada** por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la **Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**, que hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en su integridad, con la salvedad de que en virtud del análisis del juicio de valor, respecto de los denominados Artificios Contables que se contienen en la página 133 de la Sentencia, se establece como nueva conclusión que los acusados Mario Conde Conde y Enrique Lasarte y Pérez Arregui son los autores de parte de los Artificios Contables, que aparecen consignados en el apartado IX de la sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera cuestión abordada en el amplio recurso de casación que hemos venido examinando, es la relativa a la existencia de un delito continuado de apropiación indebida en la operación que bajo el apartado I se denomina de “Retirada de Caja de 300.000.000 millones”. Como ha quedado expuesto la Sala sentenciadora estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de apropiación indebida que debía ser penado de conformidad con lo establecido en el artículo 535 y concordantes del Código Penal de 1.973, estimando que la conducta es típica y que además concurre la agravante específica del número 7 del artículo 529 como muy cualificada, en atención a la especial gravedad y entidad del valor de lo distraído, si bien al mismo tiempo estima, que nos encontramos ante un único delito y no ante un delito continuado, por lo que procede la prescripción y la

consiguiente extinción de la responsabilidad penal derivada del delito, lo que impide hacer pronunciamiento alguno de condena al pago de la responsabilidad civil contraída.

Como se desprende de la estimación de los motivos interpuestos por el Ministerio Fiscal, las acusaciones Populares, y alguna Acusación Particular, a la vista del hecho probado hemos estimado que nos encontramos ante un delito continuado de apropiación indebida, por lo que su prescripción no se ha producido y debe imponerse la condena de conformidad con lo establecido en los preceptos citados del Código de 1.973 y además del art. 69 bis del mismo Texto Legal que regulaba el delito continuado.

Remitiéndonos a los razonamientos jurídicos ya expuestos y que damos por reproducidos, nos corresponde realizar en este momento la individualización de la pena que se debe imponer al acusado Mario Conde Conde y para ello se deben tener en cuenta los elementos fácticos que se desprenden del relato de hechos probados. A pesar de que se trató de demostrar que la retirada de caja obedecía a retribuir el pago de unos servicios que D. Adolfo Suarez, expresidente del Gobierno, había prestado ante el Banco de España, lo cierto es que en el punto 3 que cierra el relato de hechos se afirma tajantemente que no ha quedado acreditado que la disposición por Mario Conde de 300.000.000 se hiciera con la finalidad de favorecer al banco, como retribución por la mediación de D. Adolfo Suárez ante el Gobernador del Banco de España, para que éste autorizara la disolución de las entidades bancarias Banco Español de Crédito y Banco Central, y se diera el visto bueno a las cuentas correspondientes al ejercicio de 1.998.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal de 1.973 en relación con el art. 529.7ª del mismo texto legal que estimamos como muy cualificada en atención a la cuantía de la cantidad apropiada, la pena básica de la que se debe partir según el párrafo segundo del art. 528 es la de Prisión Menor que se puede recorrer en toda su extensión, es decir, hasta 6 años de prisión. Ahora bien, como el art. 69 bis (delito continuado), permite la imposición de la pena aumentándola hasta el grado medio de la pena superior, y en atención a las circunstancias personales del acusado que se prevale de su condición de Presidente del Banco Español de Crédito S.A y

que dispone de una cantidad importante, consideramos que debemos hacer uso de esta opción imponiendo la pena de prisión mayor, en su grado mínimo de 6 años y 1 día.

Se establece además, como consecuencia obligada de lo anteriormente declarado, la indemnización, a favor del Banco Español de Crédito de 300.000.000 de pesetas.

SEGUNDO.- También se ha presentado recurso en relación con la prescripción aplicada a la intervención que se considera delictiva del acusado Jacobo Hachuel Moreno en relación con el apartado V denominada Carburos Metálicos. Los hechos que en dicho apartado se mencionan, han sido calificados como constitutivos de un delito de apropiación indebida tipificado en el artículo 535, en relación con los artículos 528 y 529.7ª del Código Penal de 1.973, vigente en el momento de la comisión de los hechos, circunstancia esta última que debe ser apreciada como muy cualificada atendido el contenido económico de la apropiación.

Respecto de Jacobo Hachuel Moreno, declara que la responsabilidad penal contraída por el mismo se ha extinguido por el instituto de la prescripción conforme a lo establecido en el art. 113 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión del delito.

Estimando por los razonamientos ya expuestos y que damos por reproducidos, la inexistencia de la prescripción, consideramos que Jacobo Hachuel Moreno por su participación e intervención decisiva en todo el entramado de operaciones, conocidas como Carburos Metálicos, debe ser castigado con la misma pena señalada para el acusado Arturo Román, es decir, cuatro años de prisión menor, más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena. Como consecuencia de lo anterior, el acusado junto con los otros dos implicados indemnizará conjunta y solidariamente, al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas.

TERCERO.- En relación con la misma operación de Carburos Metálicos y por lo que se refiere a la participación del acusado Rafael Pérez Escolar, ya hemos dicho al

contestar al motivo cuarto formalizado por la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores, que su intervención en los hechos tiene la relevancia suficiente como para transformar su condición de cómplice en la de coautor, por lo que la pena que le debe corresponder, remitiéndonos a las consideraciones expuestas con anterioridad, debe ser la misma que la que inicialmente se impuso a Arturo Romaní y posteriormente en virtud del recurso, a Jacobo Hachuel Moreno.

En consecuencia se debe condenar al acusado Rafael Pérez Escolar como autor de un delito de apropiación indebida calificado conforme a los preceptos anteriormente mencionados, a la pena de cuatro años de prisión menor, y que así mismo indemnice conjunta y solidariamente con los otros dos acusados al Banco Español de Crédito 1.344.000.000 de pesetas.

CUARTO.- En virtud de todo lo expuesto en los apartados correspondientes a las contestaciones dadas a los motivos, que afectaban al relato de hechos IX, amparado bajo la rúbrica Artificios Contables, debemos señalar que no solamente de su contenido se desprende la autoría y participación de los acusados Mario Conde Conde y Enrique Lasarte y Pérez Arregui, sino también que todas las manipulaciones contables deben ser consideradas como un delito de falsedad en documento mercantil contenido en el artículo 303 en relación con el artículo 302.4º y 6º del Código Penal de 1.973, por considerar, en atención a las razones que abundantemente se han expuesto en los apartados correspondientes, a los que nos remitimos, que es la opción penológica más favorable para los acusados.

En consecuencia y en atención a la gravedad que implican las falsificaciones cometidas y a la condición de Presidente y Consejero Delegado que ostentaban los acusados en la entidad bancaria, estimamos que se debe imponer la pena de prisión menor en el máximo de su grado medio, es decir, cuatro años de prisión menor y multa de un millón de pesetas.

En atención a todo lo expuesto,

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:

1) A Mario Conde Conde como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida ya calificado, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y al derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. (Retirada de Caja de 300 millones).

Como autor de un delito de falsedad en documento mercantil ya calificado, a la pena de cuatro años de prisión menor y un millón de pesetas de multa, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y al derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. (Artificios Contables).

Asimismo deberá indemnizar al Banco Español de Crédito en 300.000.000 de pesetas y hacer frente a la parte proporcional de las costas correspondientes a estos delitos y que se determinen en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta los criterios anteriormente utilizados por el Tribunal de Instancia con las alteraciones que se derivan de este fallo.

2) A Jacobo Hachuel Moreno, como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya calificado, a la pena de cuatro años de prisión menor más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena. (Carbuos Metálicos).

Asimismo deberá indemnizar conjunta y solidariamente al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas y hacer frente a la parte proporcional de las costas correspondientes a este delito que se determinen en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta los criterios anteriormente utilizados por el Tribunal de Instancia con las alteraciones que se derivan de este fallo.

3) A Rafael Pérez Escolar, como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido, a la pena de cuatro años de prisión menor, más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena. (Carburos Metálicos).

Asimismo deberá indemnizar conjunta y solidariamente al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas y hacer frente a la parte proporcional de las costas correspondientes a este delito que se determinen en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta los criterios anteriormente utilizados por el Tribunal de Instancia con las alteraciones que se derivan de este fallo.

4) A Enrique Lasarte y Pérez Arregui como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, ya definido, a la pena de cuatro años de prisión menor con las correspondientes accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 1.000.000 de pesetas, con arresto sustitutorio de un mes, y con imposición de las costas en la parte proporcional correspondiente a este delito, que se determinará en ejecución de sentencia.

Se mantienen en su totalidad el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en todo aquello que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. José Antonio Martín Pallín, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.