

# **INFORME FISCAL VARGAS CASO PIQUÉ**

**JUNTA DE SECCIÓN DE LO PENAL DE 19-6-2001.**

**ASUNTO ERT0IL%. AUTOS 510/98.**

**1. PROYECTO DEFINITIVO DE DICTAMEN.**

**2. NOTAS COMPLEMENTARIAS (TEXTO FINAL)**

**A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

**EL FISCAL**, evacúa el informe solicitado, con arreglo a las consideraciones que siguen. En ellas examinamos los antecedentes y objeto del dictamen interesado, los datos fácticos que resultan de los informes y diligencias obrantes en autos, su fundamento probatorio y subsunción en los tipos del Código Penal. En base a todo ello obtendremos las oportunas consecuencias sobre la competencia de la Sala.

**1.-ANTECEDENTES Y OBJETO DEL DICTAMEN.**

Conviene recordar la regulación de los procedimientos que el Tribunal Supremo sigue acerca del examen de su propia competencia para desde la perspectiva de este marco normativo determinar el significado del trámite en que nos encontramos.

La materia se hallaba disciplinada tradicionalmente en los arts. 21, 303 y 309 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, y arts. 2 y ss Ley de 9-2-1912. A ellos se añadieron los arts. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 782.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con una interpretación conjunta

de los mismos y con la doctrina y praxis jurisprudencial que los ha aplicado podemos diferenciar dos modalidades procedimentales. Una primera en la que la iniciativa corresponde a las partes proponentes que mediante denuncia o querrela (art. 4 Ley 1.912) acuden a la Sala, y al Juzgado Instructor. Este último ha de hacerlo elevando las actuaciones o testimonios de las mismas con exposición motivada (art. 782.2 que en este punto modifica los arts 303 y 309 Lecr). La doctrina de este Tribunal ha rigORIZADO los requisitos de la exposición -requiere hacerse con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 782.2)- exigiendo que haya una valoración razonada de los indicios contra el aforado y que se acompañe el material instructorio en que se funde (entre otros AATg. 10-3-98 y 24-11-99, que explicita la aplicabilidad del art. 782.2 a las comunicaciones entre los órganos inferiores y el Tribunal Supremo).

En ningún caso se le pueden promover cuestiones de competencia a esta Sala (arts. 19 y 782.2 Lecr y 52 LOPJ y entre otros ATS. 29-1~98). En los supuestos reseñados de iniciativa de las partes o del Juzgado este Tribunal se limita a aceptar o rechazar la propuesta que se le formula. En el primer caso asume y declara su competencia y en el segundo remite o devuelve las actuaciones al Juzgado, quien recupera con plenitud la instrucción y queda en libertad de elevar o no en el futuro la causa ante la aparición de nuevos indicios sin que tenga que dar cuenta mediante partes o informes de su actividad instructora (entre otros muchos ATS. 21-4-98). Esta obligación de remitir partes de incoación y adelanto (arts. 308 y 324 Lecr) sólo es predicable de los casos de Magistrado instructor de esta Sala que ya ha asumido la competencia.

Pero el Tribunal Supremo no sólo se encuentra en situación de pasividad procedimental. Los principios competenciales son de orden público y en ellos está implicado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24 C.E). Por ello debe velar por su propia competencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, le atribuye desde siempre al Alto Tribunal facultades de actuación de oficio superiores a las que ostentan los demás Tribunales. El art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las regula con detalle. A ellas también aluden los arts. 303 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El art.

7823, establece el régimen general de la actuación de oficio de los órganos judiciales superiores en el plano procesal sobre los inferiores.

De acuerdo con estas normas, la Sala puede iniciar los oportunos autos cuando tenga conocimiento de hechos atribuidos a su competencia sin necesidad de la petición de la parte o del Juzgado o Audiencia, siempre con sujeción a los restrictivos criterios a que aludíamos en nuestro escrito de 10-2-2.000. En cualquier caso ante la propuesta de los órganos judiciales puede ejercitar también las facultades de iniciativa del citado art. 21. Estas se contraen a la posibilidad de ordenar al Juzgado antes de resolver que le remita los antecedentes que estime necesarios para en base a ellos decidir sobre la competencia planteada. La expresión "remita antecedentes" viene entendiéndose por este Tribunal como comprensiva de la facultad de indicar la práctica de diligencias para la determinación final a adoptar (entre otros muchos ATS. 23-4-98), dada la necesidad apuntada de modular con prudencia los criterios competenciales. De otra parte el precepto atribuye asimismo al Tribunal la facultad de autorizar al órgano judicial a practicar entre tanto las diligencias requeridas por la urgencia o necesidad.

En estos casos el Juzgado instructor continúa la instrucción provisionalmente hasta la decisión final de la Sala y está vinculado a las órdenes recibidas de ésta. Practicadas las diligencias y dispuestos los antecedentes pedidos no puede elevar exposición motivada, pues la iniciativa procedimental -como decíamos- la ha asumido ya el Tribunal y el trámite es no el del art. 782.2, sino el del art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (782.3 con carácter general). Recibidas las diligencias o antecedentes la Sala procede ".. en su vista a resolver.." según reza el citado art. 21. Si el Tribunal rechaza asumir la competencia, el Juzgado, como en los casos de exposición motivada no aceptada, recupera su libertad instructora. Si por el contrario la declara o asume ordenará al Juzgado " ..que se abstenga de conocer y le remitan las actuaciones.." ( art. 782.3). En definitiva "recabará las actuaciones del Juez o Tribunal inferior.." ( art. 52 LOPJ) para hacerse cargo de la instrucción.

Al margen de ello hay que reconocer a esta Sala en los procedimientos competenciales que incoe la facultad de delimitar con la mayor precisión el hecho o hechos sobre los que han de versar. Tal delimitación es garantía para los afectados y para el recto entendimiento de las competencias instructoras del Tribunal (ATS. 16-4-98).

Proyectemos este marco normativo sobre las vicisitudes procesales de la causa. En 1.998, el Juzgado de Instrucción 5 de Barcelona elevó a la Sala las diligencias previas 2.578/96, con exposición motivada dentro del trámite del art. 782,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En providencia dictada en noviembre de 1998 por la Sala en los autos de causa especial 510/98 registrados al respecto se ordenaba al Juzgado la práctica de determinadas diligencias en relación con la escisión y venta de Ertoil. El dictado de esta resolución suponía que el Tribunal asumía la iniciativa procedimental e iniciaba el trámite del art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ejerciendo las facultades previstas en el mismo. El Juez de Barcelona practicó las diligencias ordenadas y remitió la causa de nuevo en noviembre de 1999. No elevó exposición motivada en esta segunda remisión por impedirlo el referido art. 21 como expusimos. Atendiendo la petición del escrito del Ministerio Fiscal de 10-2-2000 la Sala en providencia de 23 ) -3 )-2000 acordó -ejerciendo idénticas facultades- que por el mismo se aportaran determinadas pruebas documentales, entre otras, actuaciones del Juzgado de Instrucción Central 3 de sus diligencias previas 263/99 lo que llevó a cabo el Ministerio Fiscal, en escrito de 3 - 4 - 2000.

Finalmente se dictaron el auto de 11 y la providencia de 15 de abril de 2.000. En ellos y en las diligencias de constancia que les siguieron quedó claro que la Sala continuaba en el ejercicio de las tan citadas facultades del art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto ordenaba al Juzgado de Barcelona que se diera la posibilidad a los imputados y perjudicados de pedir nuevas pruebas, autorizaba la continuación de la instrucción y se quedaba como antecedentes con testimonio íntegro de todo lo actuado en tales diligencias previas y con las fotocopias de la suspensión de pagos. De otra parte indicaba al Juzgado Central que le remitiese un informe sobre el destino

del dinero con lo que le autorizaba a continuar la instrucción y en cierto modo le ordenaba que investigara sobre este extremo y le rindiera cuenta de la investigación.

Asimismo quedó explicitado que el Tribunal no resolvía sobre la competencia sino que seguía solicitando los antecedentes que estimaba oportuno antes de decidir. En el auto de 11 de abril se decía textualmente que " La Sala acuerda: 1º.- No pronunciarse, en este momento, sobre su competencia para conocer los hechos". En la resolución de 15 de abril ".. no habiéndose pronunciado este Tribunal sobre su competencia..". En fecha 13 de abril el Juzgado Central remitió el resultado de la investigación que se le pedía. La Sala en esta última providencia acordó reiterar la orden de nuevas investigaciones y remisión de informe consiguiente, pues nada nuevo se aportaba a lo que ya constaba en la documentación aportada por el Ministerio Fiscal. Prueba de que no había novedades es que no se remitió a informe de la Fiscalía, limitándose a notificarle la tan reseñada providencia de 15 de abril.

Cumpliendo el mandato de este Tribunal, el Juzgado Central acaba de remitir el informe solicitado con el informe del Ministerio Fiscal, y copia de determinadas diligencias que se adjuntan en vista del cual "..la Sala decidirá lo procedente.." según rezaba la mencionada resolución de 11 de abril. Desde que se dictó, el Juzgado quedó impedido de elevar exposición motivada conforme al art. 782.2, pues como sosteníamos el Tribunal se hallaba también respecto de sus actuaciones en el ejercicio de las facultades de iniciativa del art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De otra parte en la resolución de 11 de abril se delimitaba el objeto de estos autos de competencia " el problema aquí planteado se centra en la determinación del destino dado al precio de la venta de Ertoil..". Se excluía la presentación de las letras de Foruria Investments en la suspensión de pagos de Ercros en julio de 1992, objeto principal de las diligencias previas 2.578/96. Sin embargo en este procedimiento existían numerosos antecedentes sobre la filialización y venta de Ertoil (f. 1193-1292, 1335 y ss, 1400 y ss y 1439 tomo 4 y 1-8 tomo 8), cargos del aforado en el Consejo de Administración de Ercros y

actas del mismo en que participa (f. 143 y ss tomo 8 y 1021 y ss tomo 9), relaciones de acreedores de la sociedad afectados por la suspensión y por la venta de la refinería y proceso de descapitalización de Ercros a través de la venta de Ertoil al que aludimos en el escrito de 10-2-2000 (f. 40-42), expresivos de la relación estrecha entre uno y otro proceso. Así la entendió también la Sala al conservar testimonios íntegros de las diligencias enviadas por el Juzgado de Barcelona.

En definitiva desde noviembre de 1.998, la Sala se halla en el ejercicio de las facultades del art. 21 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, inicialmente sobre los hechos atinentes a la presentación de las letras y desde el 11 - 4 - 2000, sobre el destino del precio de la venta de Ertoil no habiendo aún resuelto sobre la competencia planteada. La extraordinaria complejidad probatoria y jurídica de la investigación justifica las comprobaciones efectuadas antes de la resolución a que se refiere el art. 21 Ley Enjuiciamiento Criminal. A consecuencia de la actuación de oficio del Tribunal se han formado los presentes y voluminosos autos 510/98.

En ellos obran testimonios íntegros de las diligencias de Barcelona y de la suspensión de pagos de Ercros en las que constan diligencias ordenadas por este Tribunal y practicadas por el Juzgado. También las actuaciones del Juzgado Central aportadas por el Ministerio Fiscal, con su escrito de 3-4-2000. Constituyen la pieza separada de documentación, articulada en 2 piezas, 4 y 5, en la que obran numerosos documentos a que posteriormente aludiremos como los protocolos entre Cepsa, Elf y Banco Central, contratos de 9 y 10 de enero y de 26 de septiembre y actas de los Consejos de Ercros, Cepsa y Ertoil correspondientes a las fechas de los hechos con relevantes datos sobre el carácter de la operación y participación del aforado. Finalmente el informe solicitado y remitido por este Juzgado en unión de los informes del Ministerio Fiscal y diligencias antes referenciadas.

Lo que nos pide el Tribunal tras la última providencia dictada es que en torno a estos autos elaboremos un informe sobre la resolución que pende en torno a la competencia. Si entendiéramos que no concurren indicios suficientes

contra el aforado habría que rechazar asumirla. En tal caso cesaría el ejercicio de facultades del art. 21 Lecr, sobre los procedimientos de los Juzgados Central y de Barcelona que recuperarían su plena libertad de instrucción y de elevar o no en el futuro exposición motivada a la Sala. Si por el contrario reputáramos que tales indicios concurren ya, el Tribunal declararía su competencia y recabaría las causas de ambos Juzgados para continuar él la instrucción. No otra cosa significa la providencia frente a la que evacuamos dictamen. A diferencia de lo ocurrido tras la llegada al Tribunal del oficio del Juzgado de 13 de abril de 2001, ahora se nos pide informe y este no puede tener otro objeto que el pronunciarnos sobre la competencia pendiente.

En el dictamen hemos de centrarnos en el objeto delimitado por la Sala, el destino del dinero y atender de modo principal al informe y diligencias remitidos por el Juzgado Central y examinar si añaden o no nuevos datos indiciarios de signo incriminatorio a los que ya pudiera haber en las diligencias de Barcelona y documentación aportada por el Ministerio Fiscal, y que este Tribunal no consideró suficientes en el auto de 11 de abril. Todo ello nos obligará también a examinar estos últimos y ponerlos en relación con los recientemente aportados.

Lo que debemos descartar por las razones antes apuntadas es que la Sala pudiera ordenar al Juzgado una exposición motivada antes de decidir sobre competencia, pues se contrariaría el art. 782.2 de la Ley de Enjuiciamiento, Criminal, que la concibe como acto voluntario del Juez o Audiencia cuando detecten indicios delictivos contra el aforado, lo que aquí no ha ocurrido. Ello al margen de que como dijimos el Juzgado Central desde el auto dictado en abril de 2000 quedó impedido de elevarla. También descartamos que el Alto Tribunal antes de resolver recabe la causa, pues el art. 21 Ley Enjuiciamiento Criminal y 52 Ley Orgánica del Poder Judicial, sitúa tal acto con posterioridad a la declaración de competencia. La Sala cuenta ya con numerosísimos antecedentes en estos autos, suficientes para adoptar una resolución sobre competencia. Téngase en cuenta que las diligencias 263/99 son de extraordinaria complejidad y extensión y su examen previo demoraría la

decisión con prolongación injustificada de la situación procesal del aforado a que después nos referiremos.

Los criterios que hemos de manejar para dictaminar sobre la competencia de esta Sala los expusimos en el escrito de 10-2-2000 al que nos remitimos. En definitiva procede examinar si contra el aforado -ahora con fuero parlamentario- existe en estos autos una imputación individualizada y verosímil, con suficiente fundamento probatorio y subsumible en alguno de los tipos penales. La doctrina jurisprudencial más reciente ha confirmado la exigencia de que exista una cierta solidez probatoria en los indicios concurrentes ( AATS. 21-1-2000, 28-7-2000, 15-1-2001 y 16-2-2001).

En relación con los principios y criterios que condensamos sobre la inmunidad parlamentaria y aforamiento resulta obligado el examen de la reciente STC. de 4-6-2001, caso Filesa, por constituir la última recopilación doctrinal sobre los mismos y por los relevantes matices que introduce. En ella se nos recuerda que la prerrogativa de inmunidad puede abordarse desde un enfoque subjetivizador, encontrando su acomodo natural en el contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución Española, que garantiza los derechos propios del cargo parlamentario (SSTC. 181/88, 79/89, 181/89, 205/90, 22/97 y 30/97) y desde un plano objetivo en el que encuentra su auténtico fundamento. Éste radica en última instancia en la inviolabilidad de las Cortes Generales (SSTC. 90/85 y 206/92) , en la protección de las funciones parlamentarias no frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales sino frente a la amenaza de tipo político consistente en que la vía penal sea utilizada injustificada o torticeramente con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular.

En cualquier caso el Tribunal Constitucional, pondera que la inmunidad en la medida en que supone la paralización temporal de la acción de la justicia y en su caso del derecho fundamental a la tutela de los jueces, aparece prima facie como excepción al sometimiento de todos al imperio de la ley que es expresión de la voluntad popular según reza el Preámbulo de la Constitución



Española. Por ello no puede concebirse como un privilegio personal, pues ello atentaría a los valores de justicia e igualdad del art. 1.1 Constitución Española, ni como expresión de un pretendido *ius singulare* (SSTC. 22 y 206/97), ni está concebida para crear espacios o zonas inmunes al imperio de la ley por lo que no puede quedar al arbitrio del juego del respectivo peso de las fracciones parlamentarias (STC. 206/92). Ha de ser así interpretada restrictivamente y acomodarse teleológicamente a un juicio de proporcionalidad de acuerdo con el fin que pretende (SSTC. 51/85 y 243/88).

La sentencia comentada ofrece aportaciones de interés a la cuestión del momento en que ha de pedirse el suplicatorio. La Constitución Española en el art. 71 habla de inculcados y procesados sin que el texto constitucional aporte datos exegéticos, lo que comporta una situación de inseguridad jurídica sobre la que ya ha llamado la atención el Tribunal (SSTC. 206/92 y 22/97), no ofreciendo criterios seguros los arts. 750 Locr y 5 Ley de 9-2-1912. La expresión procesado es reconducible al art. 384 Ley Enjuiciamiento Criminal. La de inculcado carece de realidad legislativa inequívoca a diferencia del anterior y hace referencia según al Tribunal Constitucional al juicio judicial de inculpación, obviamente provisional, basado en indicios racionales de criminalidad, sospechas fundadas o verosímiles o indicios serios de la participación del aforado en hechos punibles.

La sentencia que analizamos considera que se puede realizar una investigación previa respecto del parlamentario antes de este juicio para cuya formulación se necesita tramitar el suplicatorio. Así nada se opone a comunicar la existencia de denuncia o querrela contra el mismo y a posibilitarle el ejercicio del derecho de defensa del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, otorgándole la condición de imputado y permitiéndole la declaración voluntaria sin coerción de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en la sentencia recurrida de 28-10-97. Lo que no puede el Juez sin solicitarse suplicatorio es realizar actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario al proceso penal ya sea mediante un juicio formal de inculpación o por medio de diligencias que tengan el mismo significado. Excluiríamos así

las medidas cautelares y la citación de los arts. 486 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En definitiva la sentencia Tribunal Constitucional de 4-6-2001 permite al Tribunal Supremo una investigación previa a la petición de suplicatorio en los términos apuntados y flexibiliza indirectamente los criterios de asunción de competencia. Supone también la aportación de una necesaria vía para paliar situaciones de indefensión en los propios aforados, habilitándoles para intervenir en el proceso ante la Sala y ayuda a evitar suplicatorios sin el suficiente fundamento probatorio. De todos modos los vigentes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley de 9-2-1912 son notoriamente insuficientes y propician las citadas situaciones de indefensión, existiendo al parecer iniciativas políticas o parlamentarias para regular la materia.

El criterio de la Fiscalía del Tribunal Supremo y de diversas resoluciones de la Sala es que el dictamen y pronunciamiento sobre el tan citado suplicatorio es posterior a la asunción de competencia. La Sentencia del Tribunal Constitucional que hemos comentado abona este entendimiento, pues debe ser el Instructor el que decida sobre la opción de una investigación previa y su alcance.

Comenzaremos por exponer los datos fácticos que estimamos resultan indiciariamente acreditados en estos autos para examinar seguidamente el fundamento probatorio de los mismos y la subsunción en los tipos penales. De todo ello extraeremos las oportunas consecuencias sobre la competencia de este Tribunal. Este modo de proceder, idéntico al de nuestro escrito de 10-2-2000, no significa que realicemos o propongamos una imputación formal de hechos, para lo que como decíamos no es el momento procesal oportuno, ni que ejercitemos la acción penal. Se trata sólo de examinar la imputación de hechos resultante de las diligencias, siempre con el carácter provisorio e indiciario exigido por la doctrina jurisprudencial a efectos de determinar la competencia. En cualquier caso entendemos que así colaboramos a la clarificación de estas complejas diligencias, a la delimitación del objeto del

proceso y a la protección de las propias garantías del aforado, en especial la del principio acusatorio del art. 24 de la Constitución Española.

## **2.- DATOS FÁCTICOS RESULTANTES DE LAS DILIGENCIAS.**

Creemos que puede hacerse el relato fáctico de carácter indiciario que sigue:

"En 1987 y en situación que se extendió hasta 1989 el holding empresarial UERT se encontraba en una difícil situación económica hasta el punto que los bancos no le concedían financiación para sus proyectos. La sociedad estaba estructurada en divisiones, siendo la de mayor crédito empresarial y solvencia la división de petróleos a la que se hallaba adscrita la refinería y complejo de la Rábida. En junio de 1989 UERT fue absorbida por CROS, cuyo socio mayoritario era el GRUPO TORRAS-KIO, representado por Francisco Javier de la Rosa Martí, constituyéndose así ERCROS, sucesora de los derechos y obligaciones de Uert. En junio de 1989 cuando se produjo la absorción formaba parte del Consejo de Administración el aforado Josep Piqué Camps, ostentando el cargo de Director general de Estrategia Corporativa y siendo nombrado para la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración el 27-6-89. Fue el autor del Plan Estratégico de la Cía en esos años.

Recién constituida Ercros se impulsó un proceso de filialización para escindir o segregarse determinadas actividades antes jurídicas -aunque no organizativamente- unidas en Riotinto. En la reunión del Consejo de Administración de 29-6-89 el aforado defendió la necesidad de este proceso cuyas incidencias conocía por ser el autor del proyecto, decidiéndose en concreto escindir la división de petróleos -la de mayor capacidad económica- y atribuirla a una nueva sociedad que se creaba, ERTOIL, en la que el 100% de las acciones correspondía a Ercros. La escisión se formalizó el 30-12-89 pasando a ser Presidente del Consejo de Administración de Ertoil Javier Vega de Seoane Azpilicueta, a su vez Presidente de Ercros. En el momento de la escisión, a Ertoil se le adjudicaron activos valorados en 27.438.256.097 pesetas, alcanzando rápidamente en el mercado un valor notablemente

superior como veremos seguidamente. La revalorización de Ertoil fue de 17.438.256.097 pesetas, y en virtud de las OM de 21-6-89 y 28-12-89, obtuvo una bonificación del 99% de los Impuestos de Sociedades, Transmisiones Patrimoniales e Incremento sobre el valor de los terrenos.

Durante 1990 hubo diversas ofertas de compañías multinacionales del petróleo, entre ellas la de un grupo nigeriano por 62.000 millones de pesetas que fue trasladada al Consejo de Administración en febrero de 1990, estando presente el aforado. La llamada Guerra del Golfo en agosto de 1990 empeoró la situación económica de Ercros, que sufrió fuertes pérdidas, viéndose obligada a cerrar fábricas. Desapareció frente a los bancos y acreedores la garantía moral que suponía la presencia del Grupo Torras. Las pólizas no se renovaban y se exigía la amortización de los créditos, gozando en cambio de bonanza económica la antigua división de petróleos, Ertoil, que venía así a ser activo principal del holding. A estos extremos se refirió el aforado en sus intervenciones en las reuniones del Consejo de 25-9-90 y 26-10-90.

Durante el último trimestre de 1990 llevaban las negociaciones sobre las ofertas en torno a Ertoil y su posible venta los citados Javier de Vega y Francisco Javier de la Rosa. De ellas daban cuenta al Consejo de Administración y en particular a la Comisión ejecutiva. También al Consejo o Comité de Dirección integrado por los principales directivos de Ercros, siendo 10 personas las que lo constituían. De ellas había 5 que pertenecían asimismo al Consejo y entre las que estaba Josep Piqué. En este período se recibió la oferta de la multinacional Conoco por 70.000 millones de pesetas.

Vista la valoración de la Cía y su proyectada venta, Francisco Javier de la Rosa, con el conocimiento de los demás miembros del Consejo, decidió pedir un crédito con la garantía y con cargo al precio de la próxima transmisión. Existía asimismo el propósito de distraer su importe de la caja social de Ercros y destinarlo al parecer al beneficio del citado del Grupo Torras sin título para ello, sin descartarse que parte de las cantidades fueran a De la Rosa o a terceras personas con merma de los derechos de los acreedores y accionistas.

En Ercros era mayoritario el Grupo Torras, pero había numerosos pequeños accionistas.

La operación la materializó Fernando Labad Sasiain, consejero delegado de Ercros y director financiero de la entidad. El 21-11-90 se firmó escritura de apertura de crédito en cuenta corriente con un límite de 20.000 millones de pesetas, y con cargo a la cuenta 525.150 de la sucursal del Banco de Santander en Barcelona, teniendo como finalidad parcial -según la escritura- la cancelación de dos pólizas de crédito con el Banco de las filiales Fesa y Enfersa de 1.000 y 700 millones de pesetas suscritas el 26-7-90 . El plazo de este crédito puente era de 3 meses prorrogable por otros 3.

En la misma fecha se firmó escritura de pignoración de acciones en garantía del préstamo ofrecida por el Grupo Torras y la sociedad Nueva Madrugada, representadas ambas por F. Javier de la Rosa. Se pignoraron acciones de la Cía Ebro por valor nominal de 751.520.800 y de Prima Inmobiliaria por valor de 302.064.000 pesetas. El valor de las acciones apenas cubría la disposición de crédito para el pago de los créditos a Fesa y Enfersa -única finalidad legítima de la operación- y es que la garantía real era el compromiso verbal con los dirigentes del Banco de aplicar parte del precio de la próxima venta a la cuenta citada. Por ello se les tuvo permanentemente informados de las circunstancias de las negociaciones de la transmisión de Ertoil.

Con cargo a la cuenta de crédito se cancelaron las pólizas de referencia. Durante los últimos días de noviembre y en diciembre se dispuso por otra parte de 18.300 millones pesetas restantes que era la verdadera finalidad del contrato bancario. Este dinero, que suponía un anticipo del precio de la venta de Ertoil como se dijo, se aplicó en beneficio del Grupo Torras sin título para ello y en todo caso se sustrajo al patrimonio social de Ercros y a la acción de los acreedores. Para ocultar esta aplicación espuria del dinero así como la realidad de unas deudas bancarias tan elevadas de una sociedad en dificultades económicas y sin garantía suficiente, el citado Labad actuando de acuerdo con los demás miembros del Consejo y con los dirigentes del Banco

hizo anotar en la cuenta 525.150 referenciada el ingreso y descuento por el Banco de pagarés en las fechas y por los importes que siguen: 1.989.192.386 pesetas, el 21-12-90; 2.499.210.687 pesetas, el 28-12-90; 7.493.214.497 pesetas, el 31-12-90; 7.997.757.806 pesetas, el 31-12-90, (el importe de este ingreso correspondía a dos pagarés de 7.493.214.684 pesetas y 504.543.122.000 pesetas, respectivamente).

Los pagarés tenían vencimiento los días 2 y 3 de enero de 1991. Las anotaciones en la cuenta del descuento de los citados pagarés se hicieron con la inmediata finalidad de que tras la remisión de ellas al Banco de España se ocultara a éste a 31-12-90 -fecha de control de la autoridad bancaria- la disposición de crédito por importe de los 18.300 millones reseñados (vencían justamente los días 2 y 3 de enero siguientes). Se logró así que en la fecha citada -31-12-90- en el expediente de la Central de Riesgos del Banco de España y gracias a la remisión de datos inveraces figurasen como dispuestos sólo 89 millones de pesetas del crédito concedido. No consta en qué fecha se crearon materialmente -si es que hubo en realidad emisión- los tan citados pagarés al margen de las anotaciones sobre su emisión y vencimiento.

Fueron suscritos según informa la entidad bancaria por Repsol, Gefco SA, Ford España y Campsa -sin que estos datos estén comprobados ni conste su veracidad-, menos uno de 7.500 millones de pesetas que retuvo el banco y no corresponderían en todo caso a relación alguna entre el emisor y el beneficiario, tratándose de documentos ficticios creados ad hoc con los fines apuntados. Tras manifestar el Banco de Santander y Ercros en reiteradas ocasiones durante la instrucción de las diligencias previas 263/99 que carecían de soportes documentales sobre los movimientos de la cuenta de crédito, con posterioridad a la presentación del informe del Ministerio Fiscal el 10-1-2001 y coincidiendo con el trámite para la elaboración del dictamen pericial acordado por el Juzgado tras dicho informe fueron presentados por la entidad bancaria a la autoridad judicial certificados de transmisión de estos documentos cambiales.

En diciembre de 1990 las negociaciones que llevaban a cabo Vega y De la Rosa para la venta de Ertoil se centraron en las propuestas de la multinacional francesa Total y de las de la sociedad estatal asimismo francesa Elf Aquitaine. La primera ofrecía al menos 50 mil millones de pesetas, de los que la mitad lo eran en acciones de Total que suponían un importante paquete de esta sociedad. Los contactos con Elf se iniciaron con Dawel Busturia, teniendo un papel relevante Jeán Hubert Le Blanc Bellevaux. Este último era asesor de Elf, no estaba integrado en el organigrama de la sociedad estatal y se hallaba vinculado al número 2 de la Cía, Alfred Sirven. Las negociaciones las llevaba personalmente el Presidente de la Cía. M. Le Floch Pringen al margen de la vía jerárquica de la misma y con la intervención de Alain Guillon, director de la división petroquímica, valorándose internamente Ertoil en una cantidad oscilante entre 55 y 60 mil millones de pesetas.

Desde el 20-6-90 en el que firmaron un Protocolo de Acuerdo, Elf y Cepsa tenían una estrategia conjunta en el sector del petróleo. Tal protocolo de acuerdo fue suscrito por los directivos del Banco Central, accionista mayoritario de Cepsa, y de esta última Blázquez Torres y Magaña Martínez y por el citado Alain Guillon. En virtud del mismo Elf se comprometía a suscribir el 20'5 % de las acciones de Cepsa, lo que tuvo lugar en noviembre de 1990. Esta estrategia común se extendía a la compra de Ertoil. Por su parte el Grupo Torras Kio hasta fecha no determinada de 1990 mantuvo una relevante participación en el Banco Central a través de Cartera Central e indirectamente en Cepsa en la que designó consejeros en el Consejo de Administración.

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

sociedad beneficiarse de parte del precio en forma de comisiones que se repartirían y que no llegarían a la caja de Ercros.

Las negociaciones finales se desarrollaron con una gran celeridad entre los días 4 y 8 de enero de 1991, apareciendo los representantes de GMH en el último momento. En ellas intervinieron materialmente, José Luis del Valle, J. Vega, Miguel Guasch y Fernando Labad, miembros los 3 últimos de la Comisión ejecutiva de Ercros, además de F. J. Rosa, A. Guillon y Leblanc por Elf y Nadhmi Auchy y Abid Nasir por GMH. Asimismo Juan José Folchi, abogado externo de Ercros y en cuyo despacho en la noche del día 8 se llegó a un acuerdo definitivo entre las partes. Entre todos los presentes quedó claro que quien compraba era Elf, siendo GMH un mero instrumento. Al parecer De la Rosa y Vega comunicaron las circunstancias de la interposición de GMH al entonces Ministro de Industria, Claudio Aranzadi, quien dio verbalmente la autorización a la venta de Ertoil en estas condiciones, autorización que de haberse producido sería ilegal y al margen de todo procedimiento.

A consecuencia del acuerdo, con fecha 9 de enero se firmó por De la Rosa, Nasir y Auchy el contrato de venta de Ertoil a GMH con la entrega inicial de 6.500 mil millones de pesetas en un talón de la Banque Paribas que se facilitó la misma noche del día 8 a Fernando Labad y dos pagos aplazados de 2100 millones de pesetas a los 3 meses y un tercero condicionado a la diferencia de activos netos con límite de 6000 millones de pesetas y en función de los informes de los auditores. El pago de 2100 millones se abonó a su fecha y el tercero se concretó en un acuerdo de transacción de 4-7-91 en el que se decidió que GME pagaría 2.800 millones quedando liquidado el contrato. Este acuerdo se protocolizó por Josep Piqué el 18-7-91 teniendo conocimiento de su contenido y de los términos financieros de la venta, abonándose la cantidad pertinente.

Con fecha de 10-1-91 y también a consecuencia de los acuerdos se suscribió un contrato de opción de compra entre GNIH y Elf que se otorgaba a ésta sobre la totalidad de las acciones de Ertoil y por plazo de 3 meses con posibilidad de transmisión a tercero, siendo responsable solidario Elf La opción



era irrevocable y la sociedad estatal francesa se comprometía a ejercerla y soportar -como veremos~ los gastos financieros y accesorios facturados por Paribas a GMH, asumiendo el riesgo de cambio, de moneda y dando garantía de buen fin, de acuerdo con lo convenido en el despacho de Folchi. Todo ello revelaba el carácter instrumental de la entidad luxemburguesa y el carácter exorbitante y la finalidad ilícita de las comisiones a que seguidamente nos referiremos. Estas últimas se contenían ya en cartas privadas dirigidas por Guillon en nombre de Elf a GMH el 8-1-91. La entidad luxemburguesa además durante el tiempo que retuvo Ertoil no asumió tarea alguna de dirección en la misma que siguió a cargo de Manuel Abollado del Río.

En las cartas ELF se comprometía a pagar 1000 millones en la fecha del cierre, 1200 al levantamiento de la opción y 1.400 el día de la cesión de acciones. El pago se hacía a Pan African Investments Holding que era al parecer una filial de GMH y que estaba domiciliada en un paraíso fiscal contra la presentación por ésta a Elf de facturas ficticias. sin que nada e ello se mencionara en el texto del contrato. Hay indicios de que al menos 1000 millones de los citados fueron a parar a la sociedad Microtech constituida por F. J. De la Rosa en beneficio de éste. No constan los destinatarios finales de los otros 2600 millones de "comisión", pero sí que se entregaron en beneficio inicial del citado De la Rosa y de GMH.

Asimismo en carta dirigida por Guillon a GMH en 8-1-1991 Elf se comprometía a pagar los gastos de financiación del préstamo incluidos los intereses contra la presentación de facturas de Pan African.y es que en la reunión final del despacho de Folchi se acordó financiar a GMH la compra a través de un convenio de crédito y compromiso de pago por parte de Paribas garantizado materialmente por Elf quien había contactado previamente al efecto con representantes de la entidad bancaria. En consecuencia en el citado convenio se dice que el punto de referencia del préstamo es tanto el contrato de compraventa como el de opción. Formalmente la garantía son las acciones de Ertoil, estipulándose que cuando ésta se vendiera podría exigirse el reembolso.

Con cargo al citado préstamo es como GMH pagó a Ercros, tratándose para la sociedad luxemburguesa de un dinero obtenido gratuitamente lo que abunda en el carácter instrumental con el que actuó. Los gastos de la operación fueron abonados del mismo modo por Elf a Pan African con idéntica finalidad a la de las comisiones. El 23-4-91 se prorroga la opción del modo que después veremos y se pacta el pago de una nueva "comisión" de 2.000 millones de pesetas que se disfraza bajo el concepto de prima de inmovilización. Esta nueva cantidad es abonada por Elf a GMH de modo que no consta pero en todo caso en beneficio asimismo del tan citado De la Rosa y de la sociedad luxemburguesa o sus directivos.

A estas cantidades recibidas por la entidad intermediaria hay que añadir -3 )00 millones de pesetas que la misma detrajo de la caja de Ertoil incumpliendo formalmente el contrato de opción de compra y otros 400 millones que la sociedad Venusia, al parecer filial de GMH cobró asimismo de Ertoil contra la presentación de una factura ficticia. En total, por tanto, la sociedad dirigida por Auchi cobró 9.770 millones de pesetas (5.600 en comisiones, 3.600 en gastos del préstamo y 750 detraídos de Ertoil), repartiéndose este numerario en forma que no consta con De la Rosa- En julio de 1991 la sociedad Estrategias controlada por Daniel Busturia, nombrado posteriormente administrador de Cepsa, recibió de Elf 517 millones de pesetas relacionados con la venta de Ertoil, desconociéndose de momento la finalidad de esta entrega y formando al parecer parte también del precio efectivo.

El precio recibido por Ercros de GNIH en enero (36.500 millones), abril (2. 100 millones) y julio (2.800 millones) ascendió por tanto a 41.400 millones de pesetas. En las actas del Consejo figuran otras dos partidas de 500 millones por cobro adelantado y 800 millones prorrateados a Ertoil por Ercros que de computarse lo elevarían a 42.700 millones. La sociedad Ercros dejó de percibir en relación con el precio real de la venta y en perjuicio de sus accionistas al menos los 9.770 millones que "se quedaron en el camino" por la interposición de GMH en beneficio de F. J. De la Rosa y de la sociedad interpuesta.

Respecto del precio efectivamente recibido por Ercros por la venta de Ertoil, los 2 100 y los 2 800 millones abonados en abril y julio fueron transferidos al poco tiempo de ser ingresados en las cuentas de Ercros a destinatarios desconocidos. De los 36.500 mil millones pagados en enero, existen indicios de que 18.300 dispuestos anticipadamente y con cargo al precio de la venta en la cuenta de crédito del Banco de Santander se distrajeron -en beneficio del Grupo Torras conforme a lo que expusimos. Constan aparte de esta cantidad transferencias de 3.700 millones al citado Grupo Torras estando pendiente de comprobar sí existía o no título para ella. Asimismo otra de 20 millones a Ertoil que no se incluyeron en la liquidación entre Ercros y su filial y cuya finalidad no consta tampoco de momento. De computarse los pagos de 500 y 800 millones a que se hizo mención no hay del mismo modo constancia de su destino.

Figuran asimismo transferencias por importe de 2805 millones a las filiales de Ercros, Fesa, Ership, Unión Española de Explosivos y Erkimia, no estando acreditada de momento irregularidad en estos destinos. También consta que 1700 millones de pesetas del crédito dispuesto en noviembre y diciembre se aplicó a las pólizas de Fesa y Enfersa. No está acreditado tampoco el destino del resto.

Decíamos que Elf y Cepsa tenían una estrategia empresarial común desde el protocolo firmado en junio de 1990 y la adquisición de acciones de la sociedad estatal francesa en la segunda en noviembre de 1990. Al parecer Elf adquirió asimismo un 3 % de acciones del Banco Central que le fueron exigidos como contrapartida a su entrada en Cepsa. También existían relaciones entre el Grupo Torras y F. J. de la **Rosa y Cepsa y EIL. Así el Grupo Torras Kio** tuvo durante 1990 una importante participación en el Banco Central, accionista dominante en la petrolera española, a través de Cartera Central de la que se desprendió en dicho año. Hay indicios de que F. J. de la Rosa con propósito de beneficiarse personalmente de la futura transmisión, a través de sociedades holandesas adquirió una opción de compra sobre Ertoil en 1990, cuya renuncia fué retribuida por Elf sin que conste el importe, siendo en todo caso un anticipo del futuro precio que asimismo no llegaba a Ercros.

De acuerdo con dicha estrategia, el 11 -3 )-91 y en carta suscrita por A. Tarallo Elf ejerció la opción con Gmh. Tal estrategia pasaba porque finalmente Ertoil fuera comprada por Cepsa y Elf incrementara su participación en esta última. De este modo el 23-4-91 se firmó un nuevo protocolo por Alfonso Escámez y Le Floch entre el Banco Central, ELF y CEPESA. en virtud del cual se le transfería la opción a la petrolera española, se preveían sucesivas ampliaciones de la participación en ella de la sociedad francesa y actuaciones conjuntas como el uso compartido de la marca. El 30-4-91 se formaliza la cesión de la opción entre GNM, Elf y Cepsa por Guillon, Magaña y Leonelli en representación el último de Gnih con validez hasta diciembre de 1991.

Cepsa conocedora de las comisiones que se habían pagado decidió repartir su coste con Elf. Así acordaron que de los 5.600 millones cobrados en tal concepto por GMH, 2.800 corresponderían a la primera. Esta cantidad quedó reducida a 2.200, pues los 750 millones cobrados por GMH de Ertoil se imputarían a la sociedad española que recibiría Ertoil con estas disminuciones. En cuanto a los gastos del préstamo de la Banque Paribas pagados por Elf a GMH se concordó que los asumiría Cepsa por importe de 3.328 millones de pts. En resumen la petrolera. española pagaría a la francesa 5.528 millones por este reparto. De esta manera de los 9.970 millones que se abonaron inicialmente a GMH y se repartieron con De la Rosa, Cepsa asumía económicamente 6.278 y Elf el resto, pudiendo coincidir este porcentaje con el de las acciones que la sociedad estatal francesa tomaba en la española.

El 27-9-91 tuvo lugar la venta de Ertoil por GMH a Cepsa, representadas por Abid y Eugenio Marín García Mansilla. El precio fué de 41.400 millones, el mismo concertado entre Ercros y GMH el 10-9-91. En la escritura se concretaba asimismo el pago por Cepsa a Elf de 5.528.054.097 pts, producto del acuerdo sobre las comisiones referenciado.

En definitiva el precio real y efectivo de la venta de Ertoil pagado por los auténticos compradores Cepsa y Elf, que actuaban de acuerdo, fue, al menos, de 51.370 pesetas mil millones de los que 9970 "quedaron en el camino" y se

repartieron entre GMH y F. J. de la Rosa con destino final no concretado Todo ello supuso un perjuicio para Ercros en la que no entró este dinero de 9.970 millones de pesetas. Esta cantidad distraída de su legítimo destino y ocultada perjudicó del mismo modo a los acreedores de la sociedad.

De otra parte del precio de la venta recibido por Ercros como decíamos hay indicios de que al menos 18.300 mil millones fueron asimismo apartados de su ingreso en la caja de la entidad y aplicados en beneficio del Grupo Torras, siendo ocultado todo ello a través de los falsos pagarés antes reseñados.

Asimismo la venta de Ertoil con una sociedad extranjera interpuesta eludiendo la transmisión directa a Cepsa supuso que no se generaran en España plusvalías de elevadísimo importe.

Josep Piqué era, como antes se apuntó, director general de estrategia corporativa de Ercros, autor del Plan Estratégico de la Cía y como tal su opinión, estudios e informes eran de relevancia para una decisión de tanto calado estratégico como la venta del principal activo de la Cía y el destino de las acciones o valores que se obtuvieran en ella. Pertenece como alto directivo de la entidad y según se expuso al Comité de Dirección formado por 10 personas. Pertenece asimismo a la Comisión ejecutiva del Consejo de Administración formado por 6 o 7 personas que hacía un seguimiento puntual y directo de los asuntos de más relieve de la Cía. Sólo había 4 o 5 personas que formaran parte del Comité y de la Comisión Ejecutiva, entre ellos el aforado.

En función de sus cargos hubo de intervenir en los aspectos estratégicos de la operación relatada en este apartado cuyas consecuencias de este orden para Ercros eran evidentes. Como miembro de la comisión ejecutiva estuvo informado en todo momento de las circunstancias de la intermediación de GNW y hubo de conocer y consentir el pago de las comisiones. Aunque los aspectos financieros los llevaba el consejero-delegado Sr. Labad, éste daba cuenta a los órganos societarios de las decisiones sobre el destino del dinero y en concreto lo hizo con el destino de las cantidades dispuestas en el crédito

punte y pagarés emitidos o al menos así puede inferirse dada la extraordinaria importancia para Ercros de la operación financiera.

En octubre de 1991 y una vez finalizada la operación de venta de Ertoil, el aforado cesó en su cargo de director general de estrategia y fué nombrado para cargos relevantes de la Cía como consejero delegado primero y Presidente de Ercros después, en julio de 1992 cuando la sociedad presentó suspensión de pagos permaneciendo hasta 1996.

En las diligencias previas 263/99 está acordado que declaren como imputados Escámez y Le Floch y ya han declarado como tales Del Valle, Vega, De la Rosa, Guasch, y Folchi. Los 3 últimos a su vez lo están en las diligencias 67/93 que se siguen en el Juzgado Central 3 por irregularidades cometidas en el Grupo Torras Kio por sus gestores, investigándose entre otros hechos una operación de intermediación ficticia con pago de comisiones en beneficio propio similar a la de autos. Le Floch y Sirven se hallan imputados en Francia, el segundo en prisión provisional, por procedimientos judiciales que siguen las autoridades francesas investigando irregularidades, desvío de dinero y pago de comisiones, algunas con métodos similares a los de autos como las de la compra de la refinería Leuna en Alemania. Los jueces de instrucción Renaud Ruimbecke y Eva Jolie del Tribunal de 1ª Instancia de París siguen sumarios por el pago de comisiones a cargo de Elf, entre otras las de la venta de Ertoil . Están imputados en estos procesos Leblanc y Guillon y se encuentra en busca y captura Auchy, siendo objeto de investigación las presuntas actividades delictivas de GMH.

No hay indicios de momento de que parte del dinero a que aludimos en este relato con destino irregular se halla dedicado al pago de comisiones a dirigentes políticos o gubernativos en España y Francia para lograr las autorizaciones que exigía la operación de venta de Ertoil, aunque existen sospechas al respecto y están pendientes diligencias destinadas a esclarecerlo.

### 3.-DATOS-PROBATORIOS DE ORDEN INDICIARIO SOBRE LOS

## HECHOS Y PARTICIPACIÓN DEL AFORADO.

Seguidamente exponemos los elementos de prueba que pueden servir para tener por acreditados indiciariamente los datos fácticos del apartado anterior, tanto en cuanto a la realidad de las operaciones descritas como a la participación del aforado, cuestiones que tratamos en capítulos separados.

### **A- Fundamento probatorio del relato fáctico.**

En cuanto a las dificultades económicas de Ercros y solvencia del patrimonio del petróleo los datos probatorios los expusimos en parte en nuestro escrito de 10-22000 (f. 20 a 22). Así citamos las declaraciones de Ubaldo Usunáriz, director general de Ercros al f. 56 (7729) del tomo 1 (testimonios obrantes en estos autos), las de Juan Antonio Pulido a los f. 258,762 del tomo 1 y f. 18j9 del tomo 6, las de Miguel Angel Foruria f. 288 (7729 tomo I), las de Fernando Labad Sasiain, consejero de Ercros al f. 997 tomo 9, el informe de auditoría obrante en la suspensión de pagos al f. 3725 de los autos fotocopiados y el auto de imputación del Juzgado de Instrucción 19 de Madrid obrante en diligencias previas 2367/94 (f. 1193 a 1207 y 1256 a 1271 tomo 4) entre otros. En cuanto a la filialización y escisión los datos están profusamente contenidos tanto en tales testimonios como en los unidos al informe que ahora remite el Juzgado Central ( informe pericial, declaraciones de J. Vega etc).

Las ofertas durante 1990 por Ertoil entre otras del grupo nigeriano y, de Conoco y de Total están acreditadas por el acta del Consejo de Ercros de 27-2-90 de la pieza de los testimonios obrantes en estos autos de competencia, por el acta de 221-91 unida al informe ahora enviado por el Juzgado Central'y por las declaraciones de J. Vega y F. J. De la Rosa ( f. 753,761,762, y MO de las diligencias 2633/99 adjuntadas. Se hace referencia siempre a la foliación original). La situación crítica de Ercros y la desaparición o disminución de la garantía del Grupo Torras-Kío, por tales declaraciones y las de Ferna~ 4\_-. Labad ( f. 13 10 y 13 11) así como por las actas del Consejo de Ercros ya obrantes en estos autos y en la pieza 5 de la pieza separada de documentación

aportada por el MF de ' ) 1-7-90, 25-9-90, 25-9-90 y enero de 1991. En ellas se habla de pérdidas de 3.753.mil millones de pesetas en septiembre y, de 5.924.778.005 en enero según balance así como de la solvencia del patrimonio de petróleos. En la de 20-12-90 se designa para- representar a Ercros en las negociaciones a los citados J. Vega y F. J. De la Rosa.

Los datos relativos a la apertura del crédito puente del Banco de Santander el 21-11-90, contrato de garantía, movimientos de la cuenta de crédito 525.150 se hallan en el informe pericial que figura como anexo 2 del informe remitido por el Juzgado Central (p. 11- 14) y en los informes periciales de la Unidad de Apoyo a la Fiscalía asimismo adjuntados (f. 1423-1427 anexo 4 y 808-815 del anexo 35 tratándose asimismo de foliación de las diligencias previas 233/99). También en el anexo 4 con apuntes e informes bancarios. Los referentes a los pagarés obran en los informes periciales de referencia y en estos últimos folios (1330-1338).

La falsedad de los pagarés y su intención de ocultación al Banco de España resulta de: a) el nulo valor que tenía todo compromiso de pago por parte de Ercros dada su situación como para justificar el descuento por el Banco y la inexistencia de relaciones tampoco justificadas entre los tomadores de los pagarés -de ser cierta su intervención- y la entidad bancaria y Ercros que fundara la transmisión, tratándose pues de operación ficticia. A ello alude Fernando Labad, director general financiero, en su declaración del f. 1011 y 1012 ( Anexo 4) explicando que con los pagarés primero el crédito "desaparece" y después " vuelve a aparecer" y que los firmaron por exigencias del banco, pues "al tener una situación de tesorería tan débil no estaban en condiciones de poner muchas pegadas". b) la coincidencia del importe de los documentos cambiales con el crédito dispuesto. e) la inexistencia de garantías formales de un crédito como el reseñado de extraordinaria importancia económica . d) las fechas de emisión a final de mes entre el 21 y el 31- 12-90 y la escasísima diferencia temporal entre ellas y las de vencimiento. Repárese en que dos pagarés por importe superior a 7 mil millones se emiten y descuentan el 31-12 y se cargan el 2 y 3 de enero, con apenas dos días para el vencimiento , los justos para salvar el control de la autoridad bancaria.



También: e) en la central de riesgos del Banco de España se logró con el ficticio descuento de los pagarés que constaran sólo como dispuestos 89 millones en pesetas en lugar de los 20 mil (f. 1404 Anexo 4). Añadamos que el Banco Santander y Ercros fueron reiteradamente requeridos para presentar soportes documentales de esta cuenta de crédito, manifestando que no disponían de ellos. Tras el informe del MF de 10. 1.2001 el Juzgado acordó un dictamen pericial días después sobre sus conclusiones. Nuevamente requerida la entidad bancaria contestó el 25- 1 -01 que no disponía de información sobre los movimientos de la cuenta, entre ellos los relativos a los pagarés. Pues bien el 29-1-2001 y coincidiendo con la pendencia de la elaboración de tal informe pericial el banco respondió que de nuevo había buscado y encontrado los certificados de los pagarés de referencia, no habiendo encontrado estos últimos. Todo ello consta en el anexo 4 ( informe del MF y f.1330 y ss).

En cuanto a la no constancia del destino dado a los 18.300 mil millones de pts hay que remitirse a los informes periciales de los anexos 2, 3 y 4 y a la documentación sobre extractos, apuntes e informes bancarios del anexo 4 antes mencionada. Que esta cantidad fue sustraída del patrimonio social de Ercros en perjuicio e sus acreedores y accionistas lo deducimos de modo indiciario de que: a') a través del crédito puente antes referenciado se dispuso anticipadamente del precio de la venta de Ertoil, debiendo subrayarse la anomalía de conceder una disposición de numerario tan elevada a una sociedad en crisis, sin garantías formales y con la garantía verbal del precio de una venta que aún no se había realizado, lo que revela la urgencia e irregularidad con la que se quería disponer del dinero.

El hecho de que se estaba disponiendo del crédito con cargo a tal precio consta en la ratificación del informe pericial del anexo 2 que obra en el anexo 4 (f. 1321) y en las declaraciones antes reseñadas de Labad y Vega. Por su parte De la Rosa (f. 75 7 Anexo 3 » manifiesta que tenían continuamente informado al, Santander de las negociaciones de la venta de Ertoil. Asimismo lo dicho resulta del dato de que ingresados en las cuentas de Ercros los primeros j6.500 mil millones de pts del precio se hiciera rápidamente en fecha 22-1-91

transferencia a la cuenta de crédito que enjugaba la mentada disposición (ver informe pericial).

También la finalidad espuria de la disposición de 18.300 millones se deduce de: b') las contradictorias declaraciones de Vega, presidente de Ercros. Declara al f. 764 (Anexo 3) que el crédito de 20 mil millones se dispuso para satisfacer necesidades de las filiales del grupo y que de la documentación "algo debe quedar de las grandes operaciones, siendo el préstamo "seguramente uno de los más grandes del Banco de Santander". En su declaración del f. 1312 (Anexo 4) dice por el contrario que " ..cree que las disposiciones del crédito puente. responden a la devolución al Grupo Torras de los préstamos que venía haciendo..", sin que se aporten datos, documentos o apuntes contables de este importante préstamo.

Junto a lo anterior hemos de ponderar: C) las declaraciones de Labad que tienen un especial valor por ser la persona que llevaba la dirección financiera de la entidad y son a su vez contradictorias con las anteriores. Pues bien en ellas sostiene que sólo una pequeña parte de la disposición de la cuenta de crédito se destinó a la deuda del grupo Torras.. d') el encubrimiento de la operación con los ficticios pagarés a que se hizo mención. f') las irregularidades de la venta de Ertoil a que seguidamente nos referiremos con cargo a cuyo precio se realizaban las disposiciones.

De todos estos datos reseñados en los apartados de a') a d') podemos extraer conforme a reglas de lógica y experiencia que F. J. De la Rosa tras el inicio de la guerra del Golfo y antes de la invasión norteamericana que iba a ser el 15 de enero, con la urgencia que se imprimió a las operaciones estudiadas dispuso anticipadamente de parte del precio de la venta de la refinería y trató de " salvar" en beneficio del Grupo Torras sin. título pa. ello la cantidad de 18.300 millones con perjuicio de accionistas y acreedores. Los peritos designados en el Juzgado en la diligencia de ratificación al f. 1325 y a preguntas del letrado manifiestan que en la documentación contable no han encontrado nada que cuestione la licitud de las disposiciones de crédito. La afirmación de esta singular pericia (que obvia las anomalías de los pagarés) no

contradice las conclusiones anteriores. Las disposiciones ilícitas de fondos sociales no suelen documentarse, siendo difícil encontrar elementos documentales para seguir el rastro del dinero. Nada se opone a que pueda deducirse a través de otros indicios los fines espurios de su aplicación siempre que se cumplan los requisitos de la prueba indiciaria, lo que entendemos se observa en el supuesto de autos.

Los extremos relativos a la negociación final con Elf están acreditados por las declaraciones de los representantes de Ercros en las mismas. Así Vega en su declaración del f. 763 dice que la decisión por Elf ".. le pareció imprevisible" ya que al tratarse de empresa estatal no iba a obtener las autorizaciones pertinentes a la fecha de 31-12-90 que había puesto Ercros para cerrar la negociación y en dicha manifestación y en la del f. 1311 se dice que GMH apareció en el último momento a final de diciembre y se entró en una dinámica en la que se negoció en pocos días. En esta última declaración y al f. 1312 y sobre el carácter decisivo de la aparición de los luxemburgueses sostiene que "si no hubiera aparecido GMH hubieran firmado con el grupo Total..". La comunicación al Ministro Aranzadi resulta asimismo de las declaraciones de Vega y De la Rosa.

En cuanto a que era Elf, en estrategia común con Cepsa, la que compraba a través de GMH con finalidades de eludir autorizaciones, de fraude fiscal y de reparto de comisiones ilícitas y exorbitantes obran los siguientes datos indiciarios: a") las citadas declaraciones de Vega ".. Elf se vale de una compañía GMH a la que coloca como instrumento de la operación aparentando quien compra, comprando GMH pero organizado por Elf."

También: b") las de F. J. de la Rosa del f. 754 en las que refiriéndose a lo repentino de la aparición de la sociedad luxemburguesa y de 3 negociadores, 2 de los franceses y 1 de un señor libanés, Amín, " ..que dice representar a una empresa luxemburguesa.." afirma que ".. las reuniones, pocas por el tiempo pueden parecer grotescas, puesto que viniendo los 3 el Señor Amín defendía que comprara GMH y los otros delante de él, decían que era Elf quien utilizaba a GMH..". Especialmente expresivo es lo que manifiesta al f. 754 cuando en

relación al momento final en el despacho de Folchi en que se hallaban los de una y otra parte y se cerró el acuerdo indica que ".. todos con el convencimiento de que era Elf la que compraba a través de GMH..". c") las declaraciones procedentes de la comisión rogatoria de Jean Marle Monique De Lestang du Rusquec, director financiero de Elf Atochem, y participante en las negociaciones en las que alude a la referida estrategia común de Cepsa y y de ellos en la operación y sostiene que fué el 20 de diciembre cuando se mencionó la existencia de una sociedad luxemburguesa".. susceptible de comprar Ertoil por cuenta de Elf».", y que se hizo ".. con un montaje financiero atípico por GN4H y mediante una comisión fuera de lo normal.."( f. 785 y 786).

Asimismo : d") las de Philippe Hustache, director general financiero de Elf al f. 749, también de la comisión rogatoria en que manifiesta que el proceso interno de decisión sobre la compra de Ertoil no se respetó, que se trataba de un proyecto personal del presidente Le Floch que canalizó a través de su hombre de confianza Leblanc y que era inútilmente complicado, dando pábulo a sospechas lo que habló con el vicepresidente de la Banque Paribas, Morin " ..que aparentemente no entendía más que yo el papel desempeñado por su accionista luxemburgués. e") las declaraciones de Vega al f. 763 en el sentido de que la operación de compra de Ertoil por Elf a través de GMH era firme e irrevocable y sólo sujeta a la autorización de la Dirección General de Transacciones ".. elemento importante porque el día 15 de enero estaba anunciada la invasión de EEUU sobre Irak y entonces querían cerrarlo ante la incertidumbre, ante lo que pueda pasar, no querían dejar cabos sueltos ....."

Del mismo modo hemos de ponderar: f") las declaraciones anteriores en cuanto que de ellas se des,--, - --de que Elf contactó con la Banque Paribas y era la que garantizaba la operación como se deduce además del hecho de que abonara los intereses y todos los gastos del préstamo. Este extremo junto al de que Elf ejerció antes del plazo legal la opción y los demás atinentes a los documentos que se acordaron en la noche del día 8 referidos a las relaciones entre El y GMH se acreditan por el informe pericial del Anexo 2 ( f. 2 y ss). g") las declaraciones de De la Rosa del f. 756 de las que se desprende que el mando de la empresa en el período de tiempo en que Ertoil estuvo en poder

formalmente de GMH no correspondió a los directivos de ésta sino a Manuel Abollado, director general con anterioridad de Ertoil cuando ésta pertenecía a Ercros. El contrato de opción f 855 y ss es expresivo de ello, pues las \*facultades directivas de la Cía adquirida están muy limitadas en GMH y son muy amplias las del beneficiario., Elf y las de la propia Ertoil.

También y sobre el carácter exorbitante de las comisiones: h") las conclusiones o síntesis del Juez Instructor de estos hechos en Francia Renaud Ruimbecke en la comisión rogatoria al f.864 anexo 3 9a operación puede considerarse así como un porteo al actuar GMH por cuenta de Elf, sirviendo a la vez como puente y como pantalla de la adquisición de títulos. Elf asumía todos los compromisos y riesgos financieros. La intervención de GMH debía evitar, parece ser, retrasar la conclusión del acuerdo, sometido a autorizaciones administrativas en España y Bruselas. Así permitiría también el pago de comisiones exorbitantes ..". ii 5) las declaraciones del ya citado Du Rusquec al f. 786 aludiendo a que la operación fué 11 .. un montaje financiero atípico por GMH mediante una comisión fuera de lo normal..". j") en el acta de la comisión ejecutiva de 22-1-91 de Ercros se dice que ante el ultimatum de cerrar la venta a 31-12-90 dada la posibilidad de conflicto armado en el golfo pérsico, en vísperas de navidad. Elf presenta oferta, introduciendo la modalidad de que la operación debería materializarse a través de GMH.. con el fin de disponer de tiempo para tramitar la autorización preceptiva de las autoridades comunitarias y también del Gobierno francés..".

Los datos que pueden deducirse de estos elementos probatorios de la a") a la i") son: 1) la urgencia con la que se concibió la operación de venta ante las expectativas negativas para el Grupo Kíó de la invasión norteamericana fijándose plazo para los ofertantes por Ercros hasta el 31-12-90. 2) la imposibilidad para Elf, que actuaba de acuerdo con Cepsa de obtener en ese plazo las autorizaciones francesas y comunitarias. 3) c1 carácter de sociedad extranjera de CIMI-1 y sus consecuencias fiscales. 4) la actuación de Elf al margen de la línea jerárquica con reservas de los directivos de la misma hacia la interposición de GMH y las sospechas que podría despertar. 5) el conocimiento y concierto de todos los presentes y contratantes en la noche del

día 8-9-91 de la que salieron los documentos de 8 de septiembre (contrato de préstamo y garantías, las cartas de Elf a GMH sobre comisiones), el contrato de venta del día 9 de septiembre y el de opción del 10 acerca de que el verdadero comprador era la sociedad francesa, siendo mero instrumento la luxemburguesa.

También: .6) el acuerdo asimismo entre todos de que tal compra por Elf y por tanto la opción era irrevocable y que esta última garantizaba la operación. 7) la entidad francesa abonaba los intereses y todos los gastos del préstamo de Paribas a GMH de modo que el dinero le resultaba gratuito a la compradora. 8) el ejercicio de la opción se comunicó a primeros de marzo. 9) la gestión de Ertoil siguió en manos de sus directivos y de los de Elf no asumiéndola los de GMH. 10) En relación a esta intervención instrumental y ficticia de Elf como mera portadora de las acciones, las comisiones fueron exorbitantes. 11) Tales comisiones no fueron a parar sólo a la entidad radicada en Luxemburgo como sería lo procedente de tratarse de intermediación legítima sino que se repartieron también en beneficio de De la Rosa.

De estos datos puede inferirse conforme a reglas de lógica y experiencia que en definitiva la interposición de GMH se hizo con la finalidad fraudulenta de eludir las autorizaciones nacionales y comunitarias y los impuestos españoles y sobre todo con la de repartirse parte del precio real de la venta entre los intervinientes en la operación en perjuicio de Ercros.

En torno a que las comisiones eran irregulares y se concibieron en beneficio no sólo de GMH sino también de De la Rosa contamos con los siguientes elementos probatorios: a'') durante 1990 De la Rosa a través de una sociedad holandesa perteneciente a él y a Kio disponían ya de una opción de compra sobre Ertoil cuya renuncia hubo de remunerarse por Elf (según anotaciones internas de la sociedad francesa ocupadas en registros a la misma y citadas en el informe del Juez Ruimbecke , f. 865) lo que revela el ánimo de lucro propio previo a la consumación de la venta de Ertoil del referido. b'') según la comisión rogatoria unida a las diligencias 263/99 (citada en el informe

del MF del anexo 3, p. 9) con fecha anterior a la concreción de las comisiones en el contrato de 10-9-91, ya Elf dirigió cartas a GMH comprometiendo su pago a Pan African. c”) consta el pago de 3.600 millones justamente a través de la citada Pan African que era al parecer filial de GMH y estaba domiciliada en un paraíso fiscal y contra la presentación de facturas ficticias. Así se desprende del informe pericial del anexo 2, comisión rogatoria y declaraciones de Le Blanc al f. 774.

Hemos de ponderar asimismo que: d”) hay indicios de que De la Rosa a través de la sociedad Microtech se pudo beneficiar al menos de 1000 millones de los 3600 pagados a Pan African. Todo ello según anotaciones internas intervenidas en registros a Elf y referentes a una carta dirigida el 31-12-90 por GMH al citado De la Rosa ( f.865). e”) GMH se cobró directamente de Ertoil 300 millones y otros 400 a través de su al parecer filial Venusia contra presentación de factura ficticia, tratándose de "comisiones" no previstas en el contrato de opción"( informe pericial anexo 2 que las denomina "sangrías"). f”) en las declaraciones de Hustache, f. 749 se dice que uno de los inconvenientes de la interposición de la entidad luxemburguesa era "...que no permitía saber en directo el precio de adquisición ni los beneficiarios finales de las cantidades abonadas".

En contra de estas conclusiones en el informe pericial del anexo 2 y en la diligencia de ratificación del f. 1321 y ss viene a sugerirse que la actuación de la entidad luxemburguesa fue una intermediación real para salvar trabas administrativas y que las comisiones fueron legales y obedecieron al concepto de prima de inmovilización de las acciones de Ertoil, no existiendo documentos de los que se desprenda el cobro de las citadas comisiones en beneficio propio. Deben repasarse los antecedentes de esta pericia. Una vez presentado el informe del Ministerio Fiscal de 10-1-001 el Juzgado de oficio dispuso un dictamen pericial para informar del destino del dinero "según lo informado por el Ministerio Fiscal". Fueron designados finalmente dos subinspectores de Hacienda propuestos por el Ministerio y ya decíamos que en este contexto aparecieron los pagarés.

Ha de decirse que el informe del anexo 2 contiene en su mayor parte minuciosos datos objetivos que concuerdan con los de los informes periciales de la Unidad de Apoyo a la Fiscalía unidos a los anexos 3 y 4. Sin embargo realiza valoraciones de carácter jurídico que son ajenas a la condición de las pericias reguladas en los arts. 459 ss Lecr e impropias de la cualificación de los peritos. Así cuando se pronuncia directa o indirectamente acerca de la intermediación de GMH y legalidad de las comisiones. Valoraciones que puede proponerlas el Ministerio Fiscal y los letrados o realizarlas el Juez, careciendo de sentido que se intente un informe pericial sobre las que haya efectuado el Ministerio Fiscal.

En la diligencia de ratificación dicen los mentados peritos que "..no conocen resoluciones administrativas o consultas de las administraciones española y francesa que puedan constituir soporte documental a la trabas cuya elusión citan en su informe como fin de una comisión que les parece razonable, acabando por reconocer que tal finalidad es una hipótesis (f. 1323 y f. 17 de su informe) y que desconocen la normativa sobre fraude de ley tributario y civil". No saben si el hecho de eludir dichas trabas supone algún tipo de incumplimiento o infracción.." en cuanto a la normativa que regula la adquisición de empresas españolas por extranjeras".. esa normativa la desconocen.."(f. 1327). Todo ello revela lo impropio de las valoraciones a que hacíamos mención.

Se echa en falta ponderación de los datos que reseñamos -algunos de estricto carácter documental- sobre la finalidad espuria de la actuación de GMH e ilegalidad de las comisiones. En cuanto a su afirmación de que no hay documentos acreditativos del pago de comisiones en beneficio propio debe resaltarse que en las comisiones ilegales no suele firmarse un recibí. No debe dudarse de que existan las anotaciones de Elf, pues así lo certifica y transcribe la autoridad judicial francesa en comisión rogatoria y que constituyan indicios documentales de la tesis contraria a la sustentada.

En cuanto al reparto de las comisiones entre Cepsa y Elf del modo descrito en el apartado anterior de 2 obran los datos reseñados en el informe



pericial de los anexos 1 y 2 (en concreto f. 8 del informe del de 2). La petrolera española cargó con 2.200 millones en lugar de la mitad de los 5.600 abonados y ello por las comisiones o "sangrías" de MO y 450 millones que se cobró GMH de Ertoil, lo que revela que conocía y consentía el abono de todas las pagadas.

En lo que respecta al destino dado al dinero efectivo cobrado por Ercros, 41.400 millones o 42.700 según la referencia que se tome, los extremos que afirmamos indiciariamente en el relato fáctico derivan de los informes periciales de los peritos del Anexo 2 y de los de la Unidad de Apoyo a la Fiscalía. En definitiva sólo aparece clara la regularidad formal o aparente de los traspasos desde la cuenta 39324 del Banco de Santander donde se ingresaron en enero de 1991 los primeros -36.500 mil millones de pesetas a Ership, Unión Española de Explosivos, Río Tinto, Erkimia y Fesa, sociedades filiales de Ercros, por importe total de 2805 millones e pesetas sin perjuicio de que continúe la investigación para determinar el destino final de estas cantidades. Se detecta asimismo una transferencia de 3700 millones al Grupo Torras sin que se haya acreditado el título de la misma y de 3020 millones en favor de Ertoil sobre la que no hay tampoco constancia, resultando extraño que si pertenece a una deuda de Ercros con la filial no se haya incluido en la liquidación entre ambas y en los balances con motivo de las ventas de enero y septiembre de 1991.

Respecto a los pagos de 2100 millones y 2800 millones de abril y julio se ingresaron en las cuentas de la vendedora y salieron en pocos días de la misma a través de transferencias con destino desconocido. En cuanto al destino de los 18.300 millones dispuestos anticipadamente con cargo al precio en la cuenta de crédito del B. Santander existen indicios de una desviación espuria conforme a lo que antes dijimos. No hay constancia del destino del resto del dinero a excepción de los 1700 millones de las pólizas de Fesa y Enfersa.

La existencia de una estrategia conjunta entre Elf y Cepsa la derivamos de: a'') el 20-6-90 firmaron un Protocolo de acuerdo para actuaciones conjuntas en el sector del petróleo con el compromiso de la sociedad francesa de adquirir el 20'5% de la española, lo que llevó a cabo en noviembre de 1990.(

ver informes periciales) b''') las declaraciones de Vega y de la Rosa ( éste al f. 754 sostiene que habló con Luis Magaña y Fernando Abril ) de acuerdo con las cuales informaron a Cepsa de la negociación final para la venta de Ertoil. c''') Daniel Busturia que intervenía en las citadas negociaciones por cuenta de la sociedad estatal fué nombrado después de ellas consejero o administrador de Cepsa (f. 757) . d''') en 23-4-91 de 1991 ( ver informe pericial del anexo 2) firman un nuevo protocolo de acuerdos en virtud del cual la entidad francesa cede la opción de compra de Ertoil a la española e incrementa su participación en el capital de esta última, habiendo acordado previamente el 19-4-91 la forma de repartirse el pago de las "comisiones". Repárese en que Elf viene a asumir el costo de un tercio de las mismas que es el porcentaje en el capital de la petrolera española.

También: e''') el 7-1-91 Michel Moreau, directivo de Elf que participó en la negociación final del día 8-1-91 dirige una cara a Le Floch hablando de las negociaciones de " Cepsa y Ertoil.." (f. 794) . f''') en el acta del Consejo de Cepsa de 24-4-91 se da a entender que el incremento del capital a favor de Elf está en relación con la operación, quedando el 33% en B Central, el 34% en Elf y el 10% de capital árabe. En el de 26-9-91 de Ertoil figuran como consejeros Du Rusquec, interviniente en las negociaciones y Le Chere, gestor de Ertoil desde el 10-9-91 hasta su adquisición por Cepsa, ambos en representación de Elf. Consta asimismo el nombramiento de consejeros en Cepsa de Guillon, Tarallo y Sirven, actuantes asimismo en la ilícita contratación de autos. Todo ello resulta de los f. 91 y ss de la pieza 4 de documentación aportada por el MF en 3-4-2000, donde figuran las actas de los Consejos de Ertoil y Cepsa. g''') en el Protocolo de Acuerdo de 1991 en la exposición previa 1ª, 2º se dice que desde 1990 el objetivo de Cepsa y Elf es la creación de un " polo petrolífero sur".

De los informes periciales y anexo 1 sobre flujos financieros deducimos el precio real pagado por Cepsa, el dinero que no llegó a Ercros, la cantidad percibida por ésta, los datos sobre la venta de septiembre de 1991 y las relaciones entre GMH, Elf y Cepsa plasmadas en el relato fáctico. Según las actas del Consejo Ercros recibió además de los 41.400 millones estipulados

500 por cobro anticipado de GMH y 800 que le detrajo a Ertoil por prorratio de gastos sin que haya más acreditación de estas cantidades ni en su caso del destino que se les dio.

Lo relativo a las plusvalías lo reputamos indiciariamente probado por lo afirmado en la diligencia de ratificación de los peritos designados por el Juzgado del f. 1323 y por el informe pericial del Anexo 2 sobre importe de revalorización de activos.

Acerca de que pudieran existir comisiones a dirigentes políticos o gubernativos no hay indicios probatorios sino meras sospechas o conjeturas. Así las declaraciones de Vega y De la Rosa sobre contactos telefónicos con el Ministro Aranzadi o las declaraciones de De la Rosa diciendo que Guasch intervenía "porque debía informar al Sr Solchaga" (f. 754). En los procedimientos seguidos en Francia obran al parecer datos al respecto pendientes de aportación no constando su alcance probatorio. En las diligencias 26j/99 el Ministerio Fiscal ha solicitado una urgente comisión rogatoria para recibir declaración a le Floch en torno a sus declaraciones a diversos medios de comunicación diciendo que en la venta de Ertoil "le hablaron de medidas de acompañamiento en favor de dirigentes españoles".

Respecto a la existencia de numerosos pequeños accionistas en Ercros obran datos al f. 86 pieza 5 documentación Ministerio Fiscal y 143 y ss tomo 8 de las diligencias testimoniadas de Barcelona constando que algunos denuncian ante J. Piqué en Junta general de Accionistas de julio de 1992 irregularidades en las causas provocadoras de la suspensión. En cuanto a la de acreedores perjudicados por los actos de alzamiento figuran asimismo datos en los testimonios de la suspensión de pagos. En el tomo 9 de los citados testimonios de Barcelona aparecen los inversionistas de las letras de Foruria Invermentes a los que nos referimos en nuestro escrito de 10-2-2000, algunos en precaria situación económica a consecuencia de los hechos.

#### **B.- Fundamento probatorio de la participación del aforado.**

En el relato fáctico afirmamos que el aforado desde su cargos de director de estrategias, consejero y miembro de la comisión ejecutiva y comité de dirección colaboró, conoció y consintió en la realización de las operaciones descritas. Esta inferencia la realizamos a partir de los siguientes datos probatorios: 1) desde 1.989 es consejero y director general de estrategia de Ercros y como tal interviene en el estudio, propuesta, elaboración y adopción de decisiones que afecten a los intereses estratégicos fundamentales del holding. 2) en las actas del Consejo de 24-1-89, 153-89, 25-4-89, 16-5-89 (celebrada en Londres, sede del grupo Kío), 27-9-89 (celebrada en la sede del Banco de Santander), 24-10-89 y 13-12-89 figura como defensor activo y autor del Plan Estratégico de la Cia, interviniendo en las sesiones y demostrando conocer con precisión el estado de las distintas divisiones. Demuestra conocer en concreto el estado y bonanza económica de la división de petróleos e inversiones en la refinería de la Rábida y defiende el proceso de filialización de Ertoil.

Asimismo: 3) en la mencionada de 27-9-89 es nombrado miembro de la comisión ejecutiva compuesto por un reducido número de consejeros que hacen un seguimiento directo y decisorio de los más relevantes asuntos de la sociedad. A las facultades de la Comisión, idénticas a las del Consejo y derivadas del art. 20 de los Estatutos, se hace referencia en los f. 103 y ss pieza 5 de documentación, donde se dice buscar "la necesaria agilidad". Pertenece también como director general de estrategia corporativa al Comité de Dirección, órgano compuesto por un reducido número de los principales directivos de la entidad. Sólo había 4 o 5 personas que fueran a la vez consejeros y miembros del comité, entre ellos el aforado (declaración de Vega f. 761).

Hemos de ponderar del mismo modo que: 4) en el Consejo de 25-2-90 estando presente el aforado se habla de la oferta del grupo nigeriano, en la de 25-9-90 Josep Piqué expone el impacto negativo de la Guerra del Golfo y habla del estado de pérdidas y en la de 26-10-90 alude al buen estado de la división de petróleos, designándose en la de 20.12.90 a De la Rosa y Vega para las negociaciones, estando asimismo presente el referido. 5) en la reunión de la

comisión ejecutiva de 22-1-91 estando asimismo el aforado se explica la operación del plan estratégico, venta de Ertoil, negociaciones previas, ofertas e interposición de GMH en los términos descritos y se felicita por los asistentes a Vega y De la Rosa por sus gestiones (obra unida al f. 787). A la comisión pertenecen algunos de los materialmente actuantes en las negociaciones, entre ellos Labad que estuvo en la reunión del despacho de Folchi de 8 de enero en la que se pactaron las "comisiones" que había que abonar a GMH 6) en los Consejos de 26-2-91 y 23-4-91 se informa de las negociaciones y contactos y de "las características de la operación...", estando una vez más presente el aforado que interviene en la primera de ellas y en la de 25-6-91 se le ratifica en la Comisión ejecutiva. 7) el 18-7-91 comparece ante notario para protocolizar el acuerdo transaccional de 4 -7-91, debiendo subrayarse que no se trata sólo de acta de protocolización sino de manifestaciones que obligan a suponer un conocimiento de los términos y circunstancias financieras de la operación (el acta al f. 795 y ss).

También: 8) en el Consejo de 10-10-91 y justamente pocos días después de haberse consumado la ilícita operación con la transmisión a Cepsa, Josep Piqué cesa como director de estrategia y es nombrado por el Presidente Narciso de Mir para el cargo de máximo rango ejecutivo, consejero delegado, junto con Labad por ser personas "de valía reconocida", debiendo suponerse por tanto que contaba con la confianza y reconocimiento de De la Rosa y el Grupo Torras por su intervención en la operación. Las actas de los consejos de Ercros reseñadas en éste y en los números anteriores y todas las de 1989-1991 obran en estos autos de competencia en la pieza 5 de documentación, f 30 y ss. 9) en las declaraciones de De la Rosa al f 757 se dice "el Comité de dirección no sólo estaba enterado del acuerdo transaccional sino previamente de la operación de venta y aunque se nombraba a GMH todos sabían que detrás estaba Elf, puesto que lo comentaban entre todos. Lo que no sabe es si este Comité estaba informado de la opción de Elf y GMH aunque supone que sí".

Del mismo modo: 10) en las declaraciones de Vega al f. 1-312 por su parte que ".. la Comisión ejecutiva conoció exactamente que GMH era

instrumental de Elf." Debe añadirse que según lo que antes dijimos en el momento final del acuerdo en el despacho de Folchi y en los inmediatamente anteriores participaron Labad, Vega y Guasch que formaban parte del Comité de dirección y de la Comisión junto con el aforado, 11) las de Labad al f. 1318 en las que sostiene que la decisión sobre destino del precio ".. es una decisión del conjunto de la sociedad..". 12) en julio de 1992 Josep Piqué fue nombrado Presidente de Ercros constando en las actas del Consejo la relación de confianza con F. J. De la Rosa y Grupo Torras, beneficiarios de la operación de autos, que le impulsaron para este puesto. Así en los Consejos de 22-6-92 y 29-6-92 en los que habla de la dramática situación de Ercros y del "apoyo particular de De la Rosa" para el cargo de Presidente. 13) en su comparecencia parlamentaria de 19-1-99, obrante en la pieza separada de documentación aportada por el Ministerio Fiscal, demuestra conocer con precisión todas las vicisitudes de Ercros y en concreto la existencia de exenciones fiscales así como la operación de venta de Ertoil.

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

Tanto respecto de esta deducción como de las demás que hemos realizado en este apartado 3 se cumplen los requisitos de la prueba indiciaria (entre otras muchas SSTS 18-1-2001 y 7-3-2001): pluralidad de indicios debidamente acreditados, interrelacionados y próximos al hecho punible de los que quepa deducir conforme a las reglas de la sana crítica, de la lógica y experiencia la realización de la acción típica o la participación del imputado. En definitiva que entre los hechos acreditados y el que se trate de probar o inferir

exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano ( arts. 1253 CC y 386 Lec).

#### **4.-SUBSUNCIÓN EN LOS TIPOS PENALES.**

Analizamos separadamente los hechos atinentes a la desaparición de 18.300 mil millones de pesetas que eran precio anticipado de la venta de Ertoil y fueron sustraídos de la caja social de Ercros en beneficio del Grupo Torras y de otra parte el cobro de 9.970 millones de pesetas, que fueron repartidos como comisiones en beneficio de los intervinientes en la venta. La distinta estructura fáctica de unos y otros hechos nos lleva a esta separación sistemática, sin perjuicio de que la calificación pueda ser la misma.

A.- La distracción de 18.300 millones del precio anticipado de la venta de Ertoil.

a) Alzamiento de bienes.

Volviendo a los datos fácticos que hemos manejado decíamos que hay indicios de que 18.300 mil millones de pesetas fueron dispuestos de la cuenta de crédito que Ercros tenía abierta en el Banco de Santander de modo anticipado con cargo al precio de venta de la refinería. Estos hechos son subsumibles en el tipo de alzamiento de bienes del art. 519 Código Penal 1973 o 257 Código Penal vigente. Nos remitimos a la doctrina jurisprudencial sobre este delito que comentamos en nuestro escrito de 10-2-2000. Añadamos que en las SSTs. 27-3-2000, 26-12-2000 y 20-2-2001 se sigue considerando como delito de riesgo, siendo un tipo de medios abiertos que incluye cualquier acto cuyo fin sea la ocultación o desaparición de activos real o simulada, jurídica o material que tienda a dificultar la acción de los acreedores. La de 26-12-2000 precisa que producida la ocultación o desaparición de los activos queda consumado el delito sin necesidad de otro requisito.

El dinero referido fue dispuesto de la cuenta de crédito y sustraído a la caja social de Ercros mediante transferencias con destino concreto

desconocido. Se realizaron indiciariamente actos típicos de ocultación a los acreedores de estas cantidades en cuanto salieron de las cuentas de Ercros sin saberse exactamente adonde han ido a parar y existiendo los indicios que reseñamos de que lo fueron en beneficio de terceros sin título para ello. En el apartado anterior expusimos que la ocultación se plasmó en el ámbito bancario en la simulación de pagarés por el importe de la disposición.

Con la ejecución de estos actos se dificultó e impidió la acción de los acreedores en cuanto este numerario se aparta del patrimonio de Ercros y oculta en cuentas o bajo la disposición de titulares desconocidos sin título para ello. La finalidad no es aplicarlo a fines de satisfacción de necesidades o intereses societarios, pues como apuntamos hay indicios de que se benefició al Grupo Torras sin título jurídico fundamentador. Ya decíamos que en las fechas de estas acciones Ercros atravesaba una difícil situación económica con numerosos créditos, particularmente bancarios, vencidos y pendientes de reclamación de lo que eran conscientes los dirigentes de la entidad como ellos mismos exponen en sus declaraciones (ver las de Vega, De la Rosa y Labad antes citadas). El examen de los testimonios de la suspensión de pagos unidos a estos autos, de la relación de acreedores e informes de auditoría sobre la exigibilidad de los mismos ya en las fechas de la transmisión refuerza lo dicho.

El elemento subjetivo del tipo, la intención de perjudicar a los acreedores, podemos inferirlo correctamente a partir de los datos manejados en el apartado anterior como la urgencia de la disposición de parte del precio que se hizo anticipadamente sin haberse perfeccionado la venta ante la inminencia de la invasión norteamericana y el deseo de "salvar" ilícitamente intereses del citado Grupo. Junto a ello la ocultación bancaria a través de los pagarés. Finalmente las contradicciones sobre el destino de este dinero entre los consejeros de Ercros. De la Rosa, Vega y Labad con facultad decisoria sobre el mismo y las irregularidades de la operación de venta con intermediario ficticio, fines espurios en la intermediación y pago de comisiones ilegales.



Las penas que corresponderían serían las de prisión de 6 meses a 6 años, dada la condición de comerciantes de los autores, del Código anterior y las de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses con el Código vigente.

b). Apropiación indebida.

Los hechos de este apartado son asimismo subsumibles en el tipo de apropiación indebida del art 53 )5 CP 73 y 252 vigente.

Como expresábamos el dinero fué apartado de los fines societarios de Ercros se aplicó en beneficio exclusivo del Grupo Torras, sin título para ello. aunque no puede descartarse que parte de las cantidades se aplicaran en interés de De la Rosa o de terceros.

Desde esta perspectiva de desviación de las cantidades de los fines de satisfacción de necesidades sociales para aplicarlas en beneficio de terceras personas cabe también la subsunción en el tipo de apropiación indebida. Ha de remarcarse que con esta conducta los autores originaron un perjuicio a Ercros por importe de 18.300 millones de pesetas. Aun cuando estimáramos que no están acreditados actos de incorporación al propio patrimonio ni de lucro propio de los autores, la doctrina jurisprudencial de la Sala viene considerando estas conductas de administración o desviación fraudulenta del patrimonio social como incardinables en los tipos de apropiación indebida, tanto del anterior art. 535 como del actual 252.

Ya la doctrina tradicional de la Sala (entre otras SSTs. 14-3-94 , 11-10-95, 18-10-96, 1-7-97, 30-10-97 y 19-1-98) frente a las clásicas exigencias en estas tipicidades de un acto de incorporación al patrimonio del autor con lucro propio, venía ponderando supuestos en que la esencia delictiva radicaba en el apartamiento de la cosa o dinero del fin determinado en el título en virtud del cual se había accedido a ellos actuando ilícitamente sobre los mismos. La importante sentencia de 26-2-98 (caso Argentinia) consagró y estructuró una nueva orientación jurisprudencial que ha supuesto la

reconsideración de los tipos de apropiación indebida y que se ha consolidado en las SSTs. 3-4-98, 17-10-98, 8-5-2000, 12-7-2000 y 12-2-2001.

En ellas se contemplan las hipótesis de administración desleal del patrimonio. Salvo que haya una inicial y previa maniobra engañosa los supuestos no pueden cobijarse en los tipos de estafa del anterior art. 528 y 248 vigente según se razona en las resoluciones referenciadas. Las conductas pueden subsumirse en la fórmula típica "distraer". El bien jurídico protegido es el patrimonio del administrado entendido como conjunto de derechos y obligaciones y referido sólo a las pretensiones dignas de aprobación jurídica (STS. 2j-4-92 y 17-10-98). Debe distinguirse en estos supuestos de patrimonios separados (STS. 27-11-98) entre el patrimonio individual y social sin que el sujeto activo pueda alegar que es dueño de la mayoría de las acciones (STS. 29-3-99). Se requiere un perjuicio o daño patrimonial antijurídico.

La nueva doctrina jurisprudencial destaca en el juicio de antijuridicidad el desvalor de la acción basado en el incumplimiento de los deberes de confianza y lealtad que marcan las relaciones entre administrado y administrador. Por eso se habla de tipo de infidelidad y se estructura la conducta típica sobre el incumplimiento del deber de aplicar los bienes a los fines que le son propios. No es preciso probar el concreto destino que han tenido (ver STS. caso *Argentia* y STS. 12-7-2000) que es irrelevante ni la incorporación al patrimonio del autor, bastando con desviarlos de su legítima finalidad en perjuicio del administrado. En cuanto al dolo no es preciso el *animus rem sibi habendi*, bastando con el conocimiento de que la disposición patrimonial con fines distintos a los encomendados pone en riesgo el patrimonio del administrado, no exigiendo siquiera ánimo de lucro propio ni de tercero la STS. 12-22001.

La nueva orientación de la jurisprudencia alcanza también a la configuración de los propios supuestos de apropiación con el citado ánimo de incorporación al patrimonio. La STS. 12-7-2000 razona que en estos casos tampoco es preciso el enriquecimiento del autor bastando con el perjuicio del sujeto pasivo, siendo asimismo irrelevante el concreto destino dado a los bienes. En cuanto al concurso con el delito societario se **dice en la nueva**

**doctrina (STS. 26-2-98)** que se trata de un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.4 en favor de la apropiación indebida para evitar que el tipo del art. 295 se constituya en una atenuación de los comportamientos apropiatorios en el ámbito societario.

Como decíamos los hechos son subsumibles en los tipos de los arts. 535 del Código Penal anterior y 252 vigente desde esta perspectiva. En efecto los 18.300 millones de pts, fueron apartados por los administradores de los fines societarios que le eran propios y destinados en beneficio de terceros sin título para ello y en perjuicio de Ercros y en particular de sus accionistas minoritarios a la que se les distrajo esta cantidad. En el apartado anterior expusimos los datos indiciarios que nos permiten hacer la correspondiente inferencia. No es preciso probar el destino final del dinero ni el enriquecimiento de los sujetos activos ni de terceros que pertenecerían al agotamiento del delito. Basta con el incumplimiento de los deberes de lealtad de los citados administradores y el perjuicio reseñado, debiendo deducirse que estos últimos eran conscientes de tales incumplimientos y del riesgo para el patrimonio del administrado

La calificación de apropiación indebida supondría la apreciación de la agravación del art. 250.6 dada la relevante cantidad distraída, la entidad del perjuicio y repercusión en la víctima, la sociedad Ercros y los numerosos accionistas minoritarios. En el Código anterior la del art. 529.5 , 7 y 8. En cuanto a esta última la doctrina jurisprudencial de la Sala, en particular en relación a la estafa viene exigiendo que se trate de actos punibles dirigidos a una colectividad indeterminada de personas, no teniendo este carácter la persona jurídico-societaria perjudicada.

En el supuesto contemplado hay dos matices que llevan a la sunsunción propuesta. En primer lugar que en la apropiación indebida los títulos típicos que producen la obligación de entregar o devolver suelen suponer la individualización del transmitente. De otra parte, habiendo sido beneficiado el Grupo Torras, mayoritario, desde la perspectiva del levantamiento del velo de la persona jurídica ha de reconocerse que los verdaderos perjudicados son los

accionistas minoritarios, existiendo numerosos pequeños accionistas. Estos últimos son merecedores de la tutela penal por las dificultades de su posición societaria. A estas sensibilidades de otorgar la tutela penal a colectivos en situación de vulnerabilidad responden los tipos de los arts 290 y ss Código Penal vigente.

c.) Falsedad en documento oficial.

Es referible a las anotaciones en la cuenta de crédito del ingreso y vencimiento de los pagarés gracias a lo cual se ocultó al Banco de España la disposición del crédito.

Las referidas anotaciones y la suscripción del oportuno documento -que no ha sido presentado- constituyen falsedad con los modos comisivos del art. 390.2 Código Penal vigente y 302.9 Código Penal anterior. El pagaré de Ercros carece de todo valor al tratarse de una sociedad en situación de crisis dadas las circunstancias que vivía, crisis que era conocida por los bancos como de modo expresivo exponen en sus declaraciones De la Rosa, Vega y Labad a que antes hicimos mención. Pese a todo ello se descontó e ingresó en la cuenta aparentando en las fechas de emisión de los mismos un saldo que no correspondía a la realidad.

Y es que la única finalidad de la suscripción, emisión, entrega o transmisión al Banco de Santander de haberse producido y de su descuento e ingreso era ocultar ante el Banco de España las disposiciones de crédito de la cuenta 25.120 e impedir el ejercicio de sus facultades inspectoras a que alude la Circular de 1989 sobre disposiciones tan sospechosas de un préstamo sin garantías a una sociedad con dificultades de la gravedad de las que padecía Ercros. Los pagarés no aparecidos serían documentos de todo punto simulados en cuanto que no obedecían a ninguna operación real y se destinaban a generar los ficticios apuntes en cuenta para las finalidades de ocultación expresadas. Su creación es así incluíble en el art. 390.2 Código Penal vigente y 302.9 Código Penal anterior.

El carácter ficticio y falsario de la operación de los tan citados pagarés se deriva asimismo de sus propias fechas de emisión y vencimiento como antes apuntamos. Repárese en que figuran como emitidos e ingresados en cuenta los días 21, 28 y 31 de diciembre de 1991. Singular atención merece esta última fecha de fin de año. En ella se emiten dos pagarés nada menos que por 7 mil millones de pesetas. Pues bien los vencimientos de todos estos instrumentos cambiales son de escasísima extensión temporal, en particular la de los emitidos en 31 de diciembre que vencen el -9 y de enero. Y es que se trataba de que a 11 de diciembre -fecha de control del Banco de España- figurasen como entregados e ingresados para ocultar la disposición de fondos. El ardid surtió efecto, pues conforme a lo que expusimos se logró que en la central de riesgos del Banco de España no figurase esta última (f. 1404 Anexo 4).

También presenta indicios de ser ficticia la transmisión de los pagarés que dice el Banco de Santander se efectuó a favor de Campsa, Repsol, Ford y Gefco. Sin perjuicio de una mayor profundización en la instrucción no constan relaciones crediticias de estas entidades con el Banco ni con Ercros justificativas de tal transmisión. Recordemos que Labad en su declaración dio a entender que los pagarés no tenían más fundamento que la exigencia de la entidad bancaria que hubo de aceptarse por la débil situación económica de la sociedad.

Desde el momento en que los pagarés y sus apuntes de descuento se crean con la finalidad exclusiva de ocultación ante el banco de España, los hechos serían subsumibles en la falsedad en documento oficial, al tratarse de documento oficial por incorporación de acuerdo con la doctrina de la Sala (STS. 3-3-2000). En efecto el expediente de la Central de Riesgos del Banco de España es documento oficial y en él se logró que constaran datos que no se ajustaban a la realidad.

De todos modos los hechos estarían prescritos. Con el Código vigente la tipificación habría de hacerse en los términos del art. 392 y 74. De tomar como referencia la fecha de diciembre de 1990, la prescripción se habría producido

en diciembre de 1993 (art 131.1), teniendo en cuenta que la admisión de los atestados por el Juzgado de Instrucción 5 de Madrid en que ya se hace alusión a la venta de Ertoil no tiene lugar hasta diciembre de 1994 (f. 40-42 de nuestro escrito de 10-12000). Todo ello salvo que la instrucción acreditara que los pagarés que aún no han aparecido se confeccionaron materialmente en fecha posterior.

B.- La distracción y reparto de 9970 millones de pesetas. del precio de venta que no ingresaron en la caja de Ercros.

a) Alzamiento de bienes.

Se produce en cuanto partimos de que el precio efectivo de venta de 51.370 mil millones de pesetas pagado por Cepsa y Elf que actúa de acuerdo con ella es sustraído en parte -en los 9.970 mil millones citados- de la acción de los acreedores al quedarse en manos de terceros intervinientes y no ingresar en el patrimonio. Con todo ello se oculta a la acción de los mismos que queda así impedida. Resaltemos que en la contabilidad de la sociedad carecen de reflejo estas cantidades, pues se disfrazaron contractualmente de comisiones de intermediación.

Existen así por similares razones a las aducidas en el apartado anterior actos típicos de ocultación, realidad de créditos vencidos, aplicación del dinero a fines espurios fuera de los estrictamente societarios e intención de perjuicio a los acreedores fácilmente deducible en parecidos términos por lo que nos remitimos a lo dicho. En definitiva conductas como la anterior de descapitalización de Ercros a través de la ocultación de parte del precio tras la venta de la refinería, principal activo garante de los derechos de los acreedores del art. 1911 Código Civil. No debe descartarse que el desconocimiento del destino de la mayor parte del resto del citado precio se explique por responder a este mismo modus operandi.

b) Apropiación indebida.

Los hechos se contraen a la distracción de parte del precio de la venta en beneficio propio de los intervinientes en la intermediación, GMH y F. J. De la Rosa. En efecto ya decíamos en los apartados anteriores que el verdadero comprador no era GMH, sociedad instrumental, sino Elf, aunque actuaba en todo momento en concorde estrategia empresarial con Cepsa por las razones que expresamos.

El carácter ficticio de esta intermediación lo derivamos en primer lugar de que la entidad luxemburguesa difícilmente podía estar directamente interesada en adquirir una importante refinería por más de 40 mil millones de pesetas cuando no se dedicaba al sector del petróleo. La explicación indiciaria, incluso reflejada en las actas de la Comisión ejecutiva de Ercros de 22-1-91 es que a la sociedad estatal francesa, verdadera compradora en los términos antedichos le era imposible obtener las autorizaciones nacionales y comunitarias a fecha 31-12-90 fijada por los dirigentes de Ercros. Sobre todo se perseguía el fraude tributario a que después nos referiremos y el reparto de comisiones.

Decíamos en el apartado anterior que además de ello hubo un pacto verbal entre los representantes de Elf, Cepsa y Ercros en virtud del cual la entidad francesa era la auténtica compradora en firme, garantizando la operación. Buena prueba es que GNM pidió un préstamo a Paribas que le salió gratis, pues Elf pagaba los gastos y que la empresa vendida siguió dirigida por sus antiguos directivos procedentes de Ercros y por los de Elf. A ellos y a los de la sociedad estatal el propio contrato de opción -que como los demás de préstamo, garantías y venta y las cartas de 8 de enero de Elf a Panafrican salieron de la reunión en el despacho de Folchi- reservaba importantes facultades.

De otra parte los Protocolos de junio de 1990 y abril de 1991, las relaciones de De la Rosa con Cepsa, los contactos e informaciones previas de unos y otros y los demás datos que expusimos revelan que Elf y Cepsa actuaban en estrategia conjunta que finalmente pasó porque comprara

formalmente Cepsa y Elf incrementara su participación en la petrolera española que es una forma de financiar la compra.

De todo ello se deduce que la interposición de GMH tuvo por finalidad además de defraudar la legislación administrativa y fiscal, de modo central repartirse parte del precio de venta. Por ello afirmamos que el precio efectivo pagado fue el total percibido por GMH que incluyen los 41.400 millones de pesetas -precio aparente- y los 9.970 mil millones de “comisiones” recibidas directamente de Elf o cobradas por la sociedad luxemburguesa de Ertoil y asumidas por la sociedad estatal y la petrolera española de la forma antes expuesta. De las llamadas comisiones fueron a parar 1.000 millones al menos en beneficio de De la Rosa a través de la sociedad Microtech y el resto a los dirigentes de GMH o a esta sociedad sin que pueda descartarse el beneficio de terceras personas aún no concretadas.

La ilegalidad de las tan citadas comisiones es patente no sólo por el carácter ficticio y la finalidad fraudulenta de la intermediación a la que formalmente se adscriben sino también porque no se abonan sólo para lucro del intermediario sino de los demás intervinientes en la operación y en concreto del representante de la vendedora. Buena prueba de ello es que se pagan a través de sociedades interpuestas y con facturas ficticias.

En todo este comportamiento hay actos típicos de apropiación indebida. El dinero se recibe en efecto -yendo al fondo y no a la forma o denominación contractual- como parte del precio con la obligación de entregarlo al vendedor y en lugar de ello se aplica al beneficio de terceros. Como decíamos en epígrafes anteriores una parte del precio "queda en el camino" sin llegar al patrimonio de la vendedora que es el lugar natural de destino o reintegro y se reparte entre los interesados.

Podemos afirmar los requisitos de la tipicidad de la apropiación indebida sin necesidad de acudir a la subsunción en la distracción o administración fraudulenta igualmente antes referenciada. Aquí se trata de actos de apropiación stricto sensu, de incorporación al patrimonio del sujeto activo



actuando con lucro propio y no de tercero. Igualmente resplandece con mayor claridad el requisito del título típico obligacional de entrega o devolución del dinero recibido. El mencionado De la Rosa lo recepciona en su calidad de representante de la entidad vendedora en la transacción formando parte material del precio y con la obligación de ingresarlo en la caja social. En lugar de ello lo aplica a su propio interés y al del ficticio intermediario que es coautor, pues cabe en estos delitos la participación del extraneus (STS. 14-5-98 entre otras) y que actúa también con lucro propio.

En todo caso será de aplicación la agravación del art. 250.6 y 74 Código Penal vigente o 529.5.7 y 8 anterior, con lo que la pena sería de 6 años y 1 día a 12 años y de ) años y medio a 6 respectivamente (aunque no es obligada la mitad superior según la doctrina jurisprudencial).

c.) Concurso de normas, delito continuado, prescripción y competencia territorial.

Los delitos de alzamiento de bienes de los apartados a y b entendemos que están absorbidos o consumidos (art 8.3) por los delitos de apropiación indebida. Pese a algunas dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre la compatibilidad de los bienes jurídicos protegidos, los derechos de los acreedores y el patrimonio, estimamos que las conductas apropiatorias de bienes sociales que es el supuesto contemplado, ordinariamente, por no decir casi siempre afectan a los derechos de los acreedores de la sociedad ( art. 67 CP). En este sentido STS. 25-6-90-

De todos modos estos delitos están en situación de continuidad delictiva entre sí (o de unicidad de acción conforme a lo que expusimos en el escrito de 10-2-2000) con la presentación de las letras de Foruria Investments en la suspensión de pagos de Ercros, ocultando que el deudor era Ertoil, hecho posterior no encajable en la absorción Sobre esta conducta de alzamiento de la que nos ocupamos en nuestro escrito de 10-2-2000 al que nos remitimos, decíamos que faltaba acreditación del conocimiento del aforado de las circunstancias de fondo negocial de tales cambiales y de la condición de

deudor de Ercros o Ertoil. En torno a estas acciones no hubo pronunciamiento competencial tampoco en el auto de 11 de abril y providencia de 15 de abril. En la actualidad las diligencias previas 2578/96 del Juzgado de Barcelona están paralizadas tras no haber instado diligencias las partes y a la espera de la decisión de esta Sala. Abordamos estos hechos a los meros efectos de la continuidad delictiva y prescripción.

En torno al conocimiento de J. Piqué e intervención decisoria en tal presentación, podemos inferirla a partir de los datos probatorios reseñados en el apartado 3.B, debiéndonos remitir a las actas de los Consejos de Ercros desde 1989 a 1992 obrantes en los tomos 8 y 9 de los testimonios de Barcelona y pieza 5 de la documentación aportada por el Ministerio Fiscal y declaraciones de De la Rosa, Vega y Labad sobre la participación del aforado en los órganos societarios y funciones e información que se trasladaba a los mismos.

En cuanto a que el auténtico deudor era Ertoil, sociedad solvente, podemos deducirlo de la escritura de escisión de 30-12-89, el balance y la CM de 28-12-89 a ella adjuntados. Repárese en las cláusulas 7ª y 9ª. En la primera se prevé un régimen de asunción de pasivos por 14.890.732.943 pesetas, del que se desprende el carácter universal de la transmisión de obligaciones y en la segunda la subrogación de Ertoil en los contratos afectantes a la actividad del petróleo de UERT, obedeciendo las cambiales a un contrato de préstamo. El balance aboca a la misma conclusión de que se trataba de la transmisión de un conjunto patrimonial homogéneo. La CM citada concede exenciones tributarias sobre la base a su vez de un traspaso en bloque del patrimonio, con activos y pasivos, derechos y obligaciones, impuesto expresamente por la cláusula 5ª.

Los contratos de venta a GMH (cláusula 1ª), el contrato de representaciones y garantías que le acompaña de 9-1-91 actuando como garantes el Grupo Torras y Ercros representados por F. J. de la Rosa (cláusulas 3.2, 313.1 y 7) y la transacción y finiquito de 4-7-91 confirman que no hubo retención de la deuda de las cambiales que permaneció en Ertoil. Los

documentos citados obran en la pieza separada de documentación aportada por el Ministerio Fiscal en 3-4-2001.

Todo ello ha sido confirmado y ratificado, suponiendo la aparición de nuevos indicios, por la instrucción del Juzgado Central desde abril de 2000 hasta el presente sobre el significado de los contratos mencionados a que antes hicimos mención. El designio delictivo se fundaba en la propia configuración de las cambiales, pues así como en las letras de Foster Wheler y Honeywell -que como las de Foruria obedecían a la misma operación de financiación de la refinería- figuraban los proveedores en las de autos sólo constaba un librador instrumental. Por eso las primeras fueron asumidas por Ertoil y las segundas presentadas a Ercros, conociendo su dramática situación económica.

Los actos de alzamiento reseñados se extendieron temporalmente hasta julio de 1992 en régimen de continuidad o de acción única, siendo tal fecha la computable a efectos del art 112 del Código Penal. Originaron además perjuicios constatados a los inversionistas que declararon en el tomo 9, algunos en precaria situación económica.

Debe decirse además que los delitos de apropiación indebida de los apartados A y B constituyen delito continuado. En A se trata de distracciones producidas durante noviembre y diciembre a través de distintas transferencias de las cuentas de Ercros. En B las "comisiones" se pagan en diversos momentos temporales. Por su parte los hechos de A y B están a su vez entre sí en relación de continuidad delictiva. En efecto, las conductas relativas a la distracción de los 18.300 millones y a la de 9.970 son realizadas por unos mismos imputados, los administradores de Ercros, en plan conjunto de beneficio a sí mismo o a terceros con motivo de la venta de Ertoil, desviando parte del precio que se iba a recibir anticipadamente en el primer caso y evitando que se recibiera e ingresara en Ercros en el segundo, siendo escasa la diferencia temporal entre unos y otros actos.

Respecto a la prescripción del delito de alzamiento de bienes, tanto en el Código anterior (art. 113 -en relación con el 519) como en el vigente (arts. 131 en relación con el 257) el plazo es de 5 años. Exponíamos en nuestro escrito de 10-2-2000, p .40-42, que el comienzo del cómputo ha de ser la presentación judicial de los atestados con noticias sobre irregularidades en la escisión y venta de Ertoil, lo que tiene lugar en el Juzgado de Instrucción 19 de Madrid, diligencias previas 2367/94, desde diciembre de 1994 a febrero de 1995 (f. 4 y ss tomo 1, f. 1193-1292,1335 y ss, 1400 y ss, 1426 y ss y 1439 tomo 4 y 1-8 tomo 8). Ya decíamos que para interrumpir la prescripción basta con la presentación de denuncia o querrela, en definitiva con la presencia en el proceso de cualquier dato incriminador, aunque no haya resolución judicial que lo declare ( STS. 11-1-2001). La STS. 8-11-2000 precisa que ha de atenderse a estos efectos no a la calificación jurídica que haya podido recibir sino al mismo hecho objeto de indagación.

Ha de ponderarse que en todo caso el aforado pudo adquirir la condición de imputado en el referido procedimiento del Juzgado de Madrid al menos en el auto de 25-8-95 ( f. 1192 y ss tomo 4 en el que junto con Vega, Labad y J. A. Delgado se le considera coautor, en unión de otros dirigentes de Ercros de delitos de estafa, fiscal y falsedad). Nos referimos al amplio concepto de imputado del **art 118** Ley Enjuiciamiento Criminal "...cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito..". El citado auto se dicta a efectos de competencia, pero no deja de contener una imputación formal de hechos punibles.

Al f. 1264, todo ello del tomo 4 de los testimonios de Barcelona, consta que en el mismo se hace un razonamiento sobre su participación en el hecho de la elaboración y presentación de las letras de Foruria. En el citado y extenso auto -que no está acreditado se notificara- se declinaba la competencia en la Audiencia Nacional. Presentados recursos la Audiencia Provincial de Madrid, en resolución de 13-2-96 (L 1400), mantuvo los hechos imputados a J. Piqué y consejeros mencionados y entendió que no constituían delitos de estafa, no discutiendo la calificación de falsedad ni la de delito fiscal, aunque respecto de este último argumentó que existía escaso bagaje probatorio. Razonó asimismo

que la presentación de las letras en la suspensión podía constituir delito de alzamiento.

En escrito dirigido al Juzgado por el Fiscal de Madrid (f. 1427) se solicitaba que el alzamiento de bienes constituido por la presentación de las letras de Foruria en la suspensión de pagos debía conocerlo el Juzgado de Barcelona correspondiente al ser ésta la ciudad donde se presentó y tramitaba la suspensión, debiendo continuar en los Juzgados de Madrid la falsedad y delito fiscal. En resolución de 24-5-96 el Juzgado de Instrucción 19 acordó remitir testimonios al Decano de Barcelona respecto de los actos de alzamiento cometidos en 1992. En cualquier caso el examen del escrito del Fiscal y resolución judicial correlativa revela con toda claridad que se mantenía la imputación (en los términos reseñados del art 118 Leer) contra el aforado y consejeros de Ercros mencionados por los delitos de los arts. 519, 30 y 349 Código Penal 1973.

Pues bien, tras remitirse los testimonios acordados, la competencia no fue aceptada por el Juzgado 5 de Barcelona hasta el auto de 16-12-96, que acordaba el sobreseimiento y archivo (f. 1 tomo 8 actuaciones obrantes en los autos). Resulta así que hasta esta fecha el aforado pudo mantener su status procesal de imputado (art. 118 Leer) por los delitos reseñados con el que accedió a la condición de Ministro del Gobierno y al fuero de la Sala 2' del Tribunal Supremo. Al menos no hay en la causa datos de signo contrario a los expuestos, aunque no figuran todas las diligencias del Juzgado de Madrid. Revocado el auto de archivo por otro de la Audiencia de 15-797, los imputados por el auto de 25-8-95 recuperaron su posición procesal -extendida a la totalidad de consejeros de Ercros- con excepción de J. Piqué, dado el fuero de que gozaba ya, recibíendoseles declaración en el Juzgado. Decimos todo ello a efectos de estimar que al menos desde el 28-8-95 se interrumpió la prescripción conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada.

En cuanto a la apropiación indebida tanto conforme al Código anterior (arts 535 y 529.7 y 8 en relación con los arts 69 bis con el que se encuentra en concurso de normas y 113) como con arreglo al vigente (art. 252 y 250.6 en

relación con el art. 74 y 13 1. 1) el plazo de prescripción es de 10 años. De no admitirse la subsunción en el art. 529.8 en relación al Código de 1973 algunas resoluciones de esta Sala venían sosteniendo que en el delito continuado ha de estarse para el cómputo a toda la extensión de pena prevista en el art 69 bis, dado que se trata de lex certa ( SSTS. 27-1-99).

Aún cuando reputáramos que el plazo en la apropiación indebida es también de 5 años como en el alzamiento, no habría tampoco prescripción. La investigación de la venta de Ertoil no se inició sólo a partir de la denuncia presentada por la Fiscalía Anticorrupción el 2-8-99 en el Juzgado Central a consecuencia de la denuncia que a su vez la Agrupación política Nueva Izquierda formuló ante aquella en marzo de dicho año. Ya desde 1994 y 1995 figuraban en las diligencias previas 2367/94 del Juzgado 5 de Madrid datos sobre la venta de Ertoil como antes expusimos. En concreto en el auto de inhibición de 25-8-95 se cita la transmisión a través de GMH al f. 1263 tomo 4 de los testimonios de Barcelona obrantes en estos autos de competencia. Aunque el objeto central era el presunto fraude con las cambiales de Foruria, lo cierto es que existían enfoques en la instrucción judicial sobre la escisión de 1989 y venta de 1991 como antecedentes de aquél. Así resulta también de las diligencias del Juzgado 5 de Barcelona y con posterioridad de la providencia de esta Sala de noviembre de 1998.

Al margen de ello la tan citada venta de Ertoil también era objeto de investigación directa por los jueces franceses Ruimbecke y Jollie al menos desde marzo de 1996 en que se registró la Tour Elf y aparecieron numerosos datos incriminatorios sobre la intermediación de GMH participación de Cepsa y beneficio de De la Rosa a que antes aludimos. De las diligencias unidas por el Juzgado Central en el informe ahora remitido resultan asimismo indagaciones judiciales de las que se desprenden los referidos datos incriminatorios sobre esta operación -como la declaración de Hustache (f. 748) el 16-2-96- que son anteriores al cumplimiento de la prescripción de 5 años, pues hay actos del complejo delictivo posteriores a esta fechas de febrero y marzo, entre otros los pagos de "comisiones" a GMH, que se extienden hasta septiembre de 1996. En todo caso ya desde 1995 estaba identificado el principal interviniente, De la

Rosa, y lo estaban también los demás consejeros de Ercros, entre ellos el aforado, en las diligencias previas del Juzgado 19 de Madrid (informe de la Brigada de Delitos Monetarios de 8-8-95 f 1140 tomo 4 de los testimonios de Barcelona).

A los procedimientos judiciales franceses ha de atribuirse virtualidad interruptora de la prescripción. Los convenios suscritos por nuestro país en el marco de Europa y la creación de un espacio judicial europeo abogan por el reconocimiento de eficacia procesal a los procedimientos tramitados en países pertenecientes al mismo.

La competencia territorial corresponde a las autoridades judiciales españolas. Los hechos relativos a la distracción de los 18-300 mil millones de pesetas, los de más relieve económico, se realizaron en territorio nacional. En cuanto a los relativos a la apropiación de los 9.770 mil millones no consta el lugar preciso de pago y destino de las comisiones. Ha de tenerse en cuenta de todos modos que los acuerdos verbales del 8 de enero para repartírselas, contratos de 8, 9 y 10 de enero de 1991, protocolo y ejercicio de la opción en abril de 1991 y venta de septiembre tuvieron lugar asimismo en territorio nacional. En él por su parte Cepsa abonó a Elf los más de 5 mil millones en comisiones. Finalmente la consumación del delito se produjo con la citada venta a Cepsa y el no ingreso de la totalidad del precio en la caja social Ercros que tenía su sede y nacionalidad en España. En todo caso la doctrina de la Sala se inclina por la teoría de la ubicuidad en esta materia (entre otros ATS. 26-3-98).

d) Falsedad en documento mercantil.

Sería predicable de la emisión de facturas ficticias en los casos de las presentadas por Venusia a Ertoil y Pan African a Elf para el cobro de las “comisiones”. Los hechos podrían ser subsumibles en los tipos de falsedad en documento mercantil de los arts. 392 en relación con el 390.2 Código Penal vigente o 303 en relación con el 302.9 anterior. Sea como fuere, estos hechos estarían también prescritos (art. 131.1 CP 95).

### C.- Fraude fiscal..

Aludíamos a la finalidad fraudulenta de burlar la legislación tributaria. Nos ocupamos ahora del fraude fiscal.

Sabido es que la venta de empresas o activos es generadora del impuesto que grava la plusvalía o diferencia de valor entre el reglamentariamente establecido de acuerdo con la legislación fiscal de la empresa o activo que va a venderse y el precio efectivo de venta. La elusión del correspondiente tributo por las cuantías marcadas en el tipo y con las consiguientes exigencias dolosas constituye el consiguiente delito fiscal del art. 349 Código Penal 1973 y 305 vigente, siendo tal cuantía de 5 millones cuando la fecha de los hechos y actualmente de 15.

En nuestro caso y como se desprende del informe pericial del f. 1323 y Anexo 2, al no realizarse una adquisición directa entre empresas españolas se defrauda el impuesto en una cuantía de importe extraordinariamente relevante, todo ello con el ardid doloso de la intermediación ficticia de GMH. En efecto la plusvalía equivalente al importe de las comisiones que "quedaron en el camino", 9.970 millones de pesetas, se coloca en el Gran Ducado de Luxemburgo, país en situación de paraíso fiscal en la fecha de los hechos, eludiendo a la Hacienda española Se infringieron así los arts 3, 5, 15 y 23 de la Ley del Impuesto de Sociedades, 61/78 de 27-12 y 126 del Reglamento aprobado por Decreto 2631/82 de 15 de octubre, preceptos en que se definen los incrementos patrimoniales y en los que encaja el supuesto de autos. La cuota defraudada aplicando el tipo de gravamen del 35% estaría en tomo a 3.700.000.000 pesetas.

De otra parte ya decíamos que las OM de 21-6-89 y 28-12-89 concedieron las exenciones fiscales previstas en la ley 76/80 a que hicimos referencia en nuestro escrito de 10-2-2000 del 99% en los impuestos de Transmisiones, Sociedades e Incremento del valor de los terrenos en relación a la revalorización de activos de 17.438.256.097 pesetas y con una bonificación



del 99%. De acuerdo con los arts. 10.2 y 13.2 de la ley citada 76/180 de 26-12, la enajenación de bienes sujetos al impuesto en el plazo de los 5 años siguientes origina la exigencia de la cuota bonificada. El aforado reconoció en su comparecencia parlamentaria conocer las exenciones fiscales.

Ha de reconocerse que no contamos con una pericia tributaria sobre los supuestos fácticos de estos preceptos, no pudiendo ser tenida por tal la de los f. 1321 y ss, pues los peritos reconocen desconocer la normativa sobre fraude tributario. En todo caso la indiciaria y provisoria presencia de los incumplimientos fiscales sancionados en estas normas podría determinar, de acuerdo con los tipos de los arts. 349 Código Penal anterior y 305 vigente, una cuota defraudada de extraordinario importe.

El delito fiscal que consideramos tampoco está prescrito. En efecto desde 1995 obró en las diligencias previas 2-367/94 del Juzgado de Instrucción de Madrid un claro dato incriminatorio contra los consejeros de Ercros intervinientes en la operación y determinados desde agosto de 1995 como veíamos y que es suficiente conforme a la doctrina de la Sala para interrumpir la prescripción, aunque no haya reconocimiento judicial expreso y calificadorio del mismo, Se trata del hecho de que Ertoil se había transmitido a Cepsa a través de GMH reconocido en el auto de imputación. de 8-8-95 lo que suponía revelar de modo claro los presupuesto de la infracción fiscal derivada de los arts 10.2 y 13.2, dado que no había transcurrido el plazo de 5 años del mencionado **art. 13.2** y que las OM de junio y diciembre de 1989 se publicaron en el BOE. Al margen de ello debe reconocerse a los procedimientos judiciales franceses la virtualidad interruptora de la prescripción desde febrero de 1995 al menos según expusimos.

#### D.- Título participativo.

El aforado como miembro del Comité de Dirección y de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración tuvo conocimiento y estuvo de acuerdo con los hechos de autos que en la vertiente estratégica pertenecían al área de la que era máxima autoridad en la sociedad Puede así decirse que

junto con Vega, De la Rosa, Labad, Folchi y Guasch tenía el dominio del hecho.

Dijimos además en base a la relevancia de su cargo de director general de estrategia, intervención en consejos y en la protocolización de la transacción y nombramientos y confianza posteriores del Grupo Torras junto con los demás datos expresados en el apartado 33.b, que debía inferirse una intervención activa en la elaboración y toma de decisión de los actos relativos a la venta de Ertoil y destino del dinero. Aunque no tuviera actuación material en las negociaciones en contacto con intermediarios y compradores o no estuviese acreditada de momento, tal intervención desde su cargo constituye supuesto de coautoría al menos por cooperación necesaria del art. 28 del Código Penal.

La doctrina jurisprudencial de la Sala (entre otras SSTs. 4-10-72, 21-11-91, 23-4-92 y 14-12-99) en relación con las personas jurídico-societarias viene precisando que desde la perspectiva del supuesto concreto y sus circunstancias responderán como coautores las personas físicas concedoras de los hechos y con facultades de dirección y gestión que gobiernen o impulsen la sociedad, pues detrás de los acuerdos presuntamente delictivos hay varios que los toman y cumplen, reconociéndoles en algún caso la posición de garantes a los integrantes de los organismos societarios (STS. 23-4-92). En el supuesto de autos el aforado no se limitó a conocer y consentir los hechos y aprobar los acuerdos que se adoptaban sobre los mismos en la Comisión ejecutiva y Comité de Dirección sino que con los datos antes expresados debe inferirse una activa participación en la elaboración del proyecto estratégico y toma de decisiones.

## **5.- CONCLUSIONES SOBRE COMPETENCIA DE LA SALA**

Recapitulando, podemos entender indiciariamente acreditado en virtud de los fundamentos probatorios de 3 que 18.300 millones de pesetas que formaban parte del precio anticipado por crédito bancario de la venta de Ertoil fueron desviados en beneficio del Grupo Torras sin título para ello y con perjuicio de los accionistas de Ercros y acreedores. También concurren los

fundamentos de orden probatorio que expusimos acerca de que 9.770 millones de pesetas del precio efectivo y real de la venta de la refinería abonado por los auténticos compradores, Elf y Cepsa, no llegaron al vendedor, Ercros, sino que fueron repartidos en beneficio de GMH y F. J. De la Rosa. Asimismo está acreditado que al colocar las plusvalías correspondientes a los 9.970 millones en el extranjero se defraudó la cuota del impuesto de sociedades, pudiendo existir incumplimientos de los arts 10.2 y 13.2 de la ley 76/80.

También concurren los datos probatorios que expusimos acerca de que el aforado, Josep Piqué y Camps en virtud de sus cargos de director general de estrategia y consejero miembro del Comité de Dirección y Comisión ejecutiva del Consejo de Administración Ercros participó activamente en los referidos hechos. Tales hechos son subsumibles en los tipos de alzamiento de bienes, apropiación indebida, y delito fiscal en los términos antes expuestos.

En definitiva se desprende de lo actuado una imputación de hechos contra el aforado individualizada y verosímil, con suficiente fundamento probatorio y subsumible en los tipos penales mencionados que exige conforme a la doctrina jurisprudencial la asunción de competencia por esta Excma. Sala. Tal resolución de asumir la competencia no tiene carácter de juicio judicial de inculpación que no es posible además sin tramitar el suplicatorio. No se trata en este momento de determinar la culpabilidad o inocencia del aforado sino de valorar si la investigación reúne los indicios incriminatorios bastantes contra el mismo como para poner en juego los mecanismos competenciales de este Tribunal en los que está imbricado además el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Ha de ponderarse que **desde noviembre de 1998 en que** la Sala inició el ejercicio de las facultades del art. 21 Ley Enjuiciamiento Criminal y en particular desde el dictado de auto en abril del año pasado ordenando diligencias e informes tendentes a determinar el destino del dinero a fin de pronunciarse sobre la competencia para investigar al aforado, la instrucción del Juzgado Central ha estado consecuentemente dirigida en parte de modo directo o indirecto a determinar la participación del mismo. Buena prueba de

ello son las preguntas de sentido incriminatorio dirigidas a De la Rosa, Labad y Vega sobre la participación del reseñado según se desprende de sus declaraciones respectivas.

Debe resaltarse que desde el 16-1-98 en que el Fiscal de Barcelona estimó que concurrían indicios de delito de alzamiento por la presentación de las letras de Foruria en el aforado (f 91 tomo S), el mismo no ha podido replicar en el procedimiento a esta imputación. Tampoco a la formulada en marzo de 1999 en la Fiscalía Anticorrupción por delito fiscal y defraudaciones derivadas de la venta de Ertoil. Urge poner en marcha los instrumentos de garantía para que el tan citado aforado pueda designar letrado, conocer la imputación que contra él resulta de las actuaciones y organizar su defensa ante este Tribunal en los términos del art, 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La investigación sobre el destino del dinero está en lo esencial concluida y comprende numerosas diligencias, debiendo reconocerse el esfuerzo, pese a la complejidad de los hechos de La Jueza Instructora y del Fiscal de la Fiscalía Anticorrupción. Restan diligencias sobre el destino final de las cantidades que no influyen en la calificación y pertenecen como expresábamos a la fase de agotamiento del delito. En todo caso hasta el juicio oral -si se acuerda su apertura- los datos fácticos de la causa, deberán seguir depurándose, dado su carácter complejo y oculto.

Por todo lo anterior y en aras del principio de igualdad ante la ley al que nos referimos en nuestro escrito de 10-2-2000 y al que alude la STC. de 4-6-2001 se le debe oír en declaración como imputado, diligencia que se reputa además esencial para que la investigación avance, dada la relevancia de los cargos que ocupó , la importancia estratégica de la operación de venta de Ertoil y su presencia en todos los momentos de la vida societaria en que se deliberó y adoptaron decisiones sobre la venta de la refinería.

Hemos de valorar que en los autos obran indicios sólidos contra el mismo que podrían justificar un juicio judicial de inculpación -como el de los demás consejeros de Ercros imputados- y hacer necesaria la tramitación del

suplicatorio con dicha finalidad. Ya subrayábamos sin embargo la necesidad de tener en cuenta la situación de incompatibilidad con el art 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que concurre, en especial desde la instrucción del Juzgado Central consecutiva al auto de 11 de abril derivada de una deficiente regulación del momento para pedir la autorización parlamentaria y de los derechos de defensa de los aforados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley de 9-2-1912 y que ha pretendido paliar la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

También ha de subrayarse que a través de los medios de comunicación ha mostrado su deseo de prestar declaración voluntariamente. Aunque tal disposición carece de trascendencia jurídica lo cierto es que la declaración voluntaria está posibilitada por la resolución del Tribunal Constitucional mencionada sin necesidad de pedir la autorización del Congreso, y que los trámites parlamentarios ad hoc podrían prolongar la situación descrita, pues el Juzgado Central sigue practicando diligencias -que pueden ser inculinatorias- sin su concurso. Todo ello y el criterio Jurisprudencial y de la Fiscalía sobre el momento para dictaminar al respecto apuntado en el apartado 1 aconseja que sea el instructor en función de las circunstancias concurrentes cuando sea designado el que decida sobre sí hay que tramitar solicitud a las Cámaras o poner ya en juego sin más dilación los mecanismos de defensa del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recibéndole declaración con citación voluntaria.

Por lo expuesto,

**SUPLICA A LA SALA**, tenga por evacuado el trámite conferido y por solicitada la declaración de competencia de este Tribunal que ordenará recabar para sí el conocimiento de las diligencias previas 2578/96 de Barcelona y 263 )/99 Juzgado Central 3, designándose Instructor.